

**Universidad de Valparaíso.
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
Escuela de Derecho.**

“Los Organismos de Defensa de la Competencia según la Ley N° 19.911 y un análisis a las resoluciones N° 1 de 2004 y N° 2 de 2005 del Tribunal de la Libre Competencia.”

**Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.
Profesor Guía: Enrique Aimone Gibson.
Profesor Informante: Pedro Arraztoa Ancizar.
María Soledad Vega Cancino.
2006.**

ÍNDICE:

BIBLIGRAFÍA	p. 4
--------------------	-------------

INTRODUCCIÓN	7
---------------------	----------

CAPÍTULO I: NOCIONES PRELIMINARES.

1.1.	La Legislación de Defensa de la Competencia anterior al Decreto Ley N° 211.	8
1.2.	El Decreto Ley N° 211 de 1973.	10
1.3.	Aspectos Generales de la Ley N° 19.911 de 2003.	11
1.3.1.	Objetivos.	11
1.3.2.	Bien Jurídico Protegido.	14
1.3.3.	Las Conductas Anticompetitivas.	17
	3.3.i. Las Conductas Anticompetitivas.	17
	3.3.ii. Las Conductas Anticompetitivas de la Ley N° 19.911	20
	3.3.iii. Las Infracciones de Peligro y de Resultado.	23
	3.iii.a) La Relación Causal.	23
	3.iii.b) La Sanción.	23
	3.iii.c) La Prevención.	24
1.3.4.	Eliminación del Carácter penal.	24

CAPÍTULO II: EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.

2.1.	Características.	32
2.2.	Competencia.	34
2.3.1.	Integración, Designación y Nombramiento.	35
2.3.2.	Permanencia en el Cargo.	38
2.4.1.	Remuneración, Sede y Dedicación.	39
2.4.2.	Quórum y Subrogación.	40
2.5.	Atribuciones y Deberes.	40
2.6.	Procedimiento Contencioso.	46
	2.6.1. Iniciativa y Partes.	46
	2.6.2. El Impulso Procesal.	50
	2.6.3. Período de Discusión y la Notificación.	51
	2.6.4. Conciliación.	52
	2.6.5. Período de Prueba.	53
	2.6.6. Medios de Prueba, Medidas para Mejor Resolver y Medidas Prejudiciales Probatorias.	54
	2.6.7. Medidas Cautelares.	55

2.6.8.	Apreciación de la Prueba y el Escrito de Observaciones.	57
2.6.9.	Vista de la Causa.	58
2.6.10.	Sentencia Definitiva.	59
	6.10.a) Sanciones o Medidas.	59
	6.10.b) Doctrina y Cosa Juzgada.	61
	6.10.c) Ejecución de las Resoluciones.	63
2.6.11.	Recursos.	64
2.6.12.	Indemnización de Perjuicios.	65
2.7.	Procedimiento No Contencioso.	66
	2.7.1. Recursos.	67
2.8.	Conversión del Procedimiento.	68

CAPÍTULO III: LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA.

3.1.	La Fiscalía Nacional Económica según Ley N° 19.911.	69
3.1.1.	Atribuciones y Deberes del Fiscal Nacional Económico.	72
3.1.2.	El Fiscal Adjunto.	75
3.1.3.	Procedimiento.	76

CAPÍTULO IV: UN ANÁLISIS A LA RESOLUCIONES N° 1/2004 Y N° 2/2005 DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.

4.A.	Resolución N° 1°/2004 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Relativa a la Fusión de VTR con Metrópolis.	78
A.1.	La Consulta.	78
A.2.	Informe de la Fiscalía Nacional Económica.	80
A.3.	Resolución del Tribunal.	86
	3.1. Considerandos.	86
	3.2. Fallo.	92
A.4.	Análisis.	94
4.B.	Resolución N° 2°/2005 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Relativa a la Adquisición de Bellsouth S.A por Telefónica S.A.	97
B.1.	La Consulta.	97
B.2.	Informe de la Fiscalía Nacional Económica.	99
B.3.	Resolución del Tribunal.	102
	3.1. Considerandos.	102
	3.2. Consideraciones Finales.	113
	3.3. Fallo.	113
B.4.	Análisis.	114

CONCLUSIONES.	117
----------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA:

- 1) Banco Interamericano de Desarrollo y Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, *Política y ley de competencia en Chile. Examen Inter-pares*, 1994.
- 2) Buchheister, Axel
Domper, María *Tribunal de la Competencia: Modificaciones a la Institucionalidad Antimonopolio*, Serie Informe Económico, Instituto Libertad y Desarrollo, N° 133, 2002.
- 3) Cámara de Diputados, *Informe sobre el Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa la Libre Competencia*, Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia, y de Economía, Fomento y Desarrollo, Boletín N° 2944-03 (S), 2003.
- 4) Concha, Carlos *Informe en Derecho sobre el Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, 2002.
- 5) Diario de Sesiones del Senado, *Mensaje del Presidente de la República al proyecto de ley que crea al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, Anexo de documentos, págs.99 a 106, 2003.
- 6) Espinoza, Rodrigo *Ley Antimonopolios: Análisis y estudio crítico*. Editorial Jurídica de Chile, 1980.
- 7) Fiscalía Nacional Económica, *Día de la Competencia*, 2003.

Sistema y Organismos de Defensa de la Libre Competencia, 2004.

- 8) Mattar, Pedro *Charla inaugural al Primer Seminario sobre la Competencia, 2003.*
- 9) Paredes, Ricardo *Análisis de la Ley Antimonopolios en Chile, Revista de Análisis Económico, vol.3, N° 2, págs. 135-158, 1988.*
- 10) Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brunner y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. *Modificación de la Ley de Defensa de la Competencia, documento de trabajo del seminario organizado por Philippi, Irarrázabal, Pulido y Brunner y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2002.*
- 11) Undurraga, Claudio *Informe en Derecho sobre el Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2002.*

CUERPOS LEGALES:

- 1) Decreto Ley N° 211, *Fija normas para la Defensa de la libre Competencia, 1973.*
- 2) Decreto Supremo N° 511, *Refunde, coordina y sistematiza al Decreto Ley N° 211, 1980.*
- 3) Ley N° 19.610, *Introduce modificaciones a la Fiscalía Nacional Económica, 1999.*
- 4) Ley N° 19.911 *Crea al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2003.*
- 5) Decreto con Fuerza de Ley N° 1° *Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, 2004.*

AUTOS ACORDADOS DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA:

- 1) Auto acordado N° 1° de 2004.
- 2) Auto acordado N° 2° de 2004.
- 3) Auto acordado N° 3° de 2004.
- 4) Auto acordado N° 4° de 2004.
- 5) Auto acordado N° 5° de 2004.

ACUERDOS DEL CONSEJO DEL BANCO CENTRAL:

- 1) Acuerdo N° 113-01-040210 *Convocatoria y bases de postulación aplicables a los concursos públicos de antecedentes que debe realizar el Banco Central de Chile para la proposición y designación de los integrantes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.*

INTRODUCCIÓN.

La presente memoria tiene por objeto compilar información sobre un tema de reciente modificación, como es el de los organismos de defensa de la competencia, cuya última reforma tuvo lugar el año 2003 con la dictación de la Ley N° 19.911.

En el Primer Capítulo se trata una serie de cuestiones preliminares, dentro de las cuales se encuentran la primera ley de la competencia, el Decreto Ley N° 211 original, los antecedentes de la Ley N° 19.911, así como algunos conceptos de utilidad para entender lo que se tratará posteriormente.

El Capítulo Segundo comprende a los dos órganos encargados de velar por la competencia, esto es, al Tribunal de Defensa de Libre Competencia o TDLC, y a la Fiscalía Nacional Económica o FNE.

En el Tercer y Cuarto Capítulos se hace un análisis a dos resoluciones dictadas por el TDLC; la primera se refiere a la autorización para la fusión de Telefónica Móvil con Bellsouth, tratada en el Tercer Capítulo; y la segunda resolución dice relación con la autorización a la fusión de VTR con Metrópolis, y está contenida en el Cuarto Capítulo.

Por último, en las conclusiones se buscará responder la pregunta si acaso con los actuales organismos de defensa de la competencia se logró un resultado distinto al que se habría obtenido con las Antiguas Comisiones.

CAPÍTULO I:

NOCIONES PRELIMINARES.

1. LA LEGISLACIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ANTERIOR AL DECRETO LEY Nº 211.

Tal como se señalara en la introducción de este trabajo, esta memoria trata de la actual legislación en materia de defensa de la libre competencia, pero se creyó necesario para una mejor comprensión del mismo comenzar por una breve reseña de la legislación anterior.

La primera Ley de Defensa de la Libre Competencia data del año 1959, y se dictó luego que la misión internacional Klein-Saks recomendara el abandono de los controles de precios, la promulgación de una ley de protección de la competencia y el manejo de los aranceles aduaneros en los casos que los precios subieran demasiado. Aunque estas medidas no fueron acogidas literalmente, sus fundamentos permanecieron y se tradujeron en la creación de la Ley Nº 13.305, cuyo el Título V, titulado “Normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial”, prohibía al estado otorgar monopolios a grupos privados, describía algunas conductas anticompetitivas y creó la Comisión Antimonopolio conformada por un ministro de la Corte Suprema; el Superintendente de Compañías de Seguros y de Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio, y el Superintendente de Bancos. Esta Comisión estaba facultada para investigar y resolver sobre las conductas anticompetitivas, emitir dictámenes en causas no penales, dictar reglas de carácter general y decidir si procedía o no el otorgamiento de alguna concesión monopólica a instituciones fiscales, semifiscales, públicas, de administraciones autónomas o municipales.

El inciso 1º del artículo 173 de esta ley tipificaba el delito de monopolio y determinaba su penalidad. No existía ninguna acción pública para perseguir este delito, ya que el proceso sólo podía iniciarse por denuncia o querrela formulada por el Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento de la Comisión. Es decir, originalmente la Comisión sólo conducía un procedimiento que tenía por objeto decidir si existía mérito para ejercer la acción penal por el delito de monopolio. Se trataba de una suerte de ante-juicio a un posible proceso criminal seguido ante los Tribunales de Justicia.

En consecuencia dicha Comisión carecía de atribuciones judiciales sustantivas en materia de defensa de la libre competencia y solo tenía atribuciones de carácter administrativo, las que consistían en conocer de las consultas sobre la aplicación de la ley a ciertos actos y contratos, y dictar pautas de carácter general a las cuales podían someterse los particulares al momento de celebrar actos o contratos que se encontraran en el ámbito de aplicación de la ley.

Esta primera Ley de la Competencia siguió la regla común vigente en esas materias entonces de ser bastante general, lo que se reflejaba en que si bien prohibía ciertas prácticas comerciales, para que dichas conductas fueran ilegales debían tener un efecto contrario a la libre competencia, es decir no era suficiente que se intentara restringir la competencia, sino que era necesario que se restringiera efectivamente. Algunas de las conductas calificadas como anticompetitivas fueron la fijación de precios; las cuotas de producción, de transporte y de distribución; la asignación de mercados; los límites de producción; paralizaciones de producción; las distribuciones exclusivas y otras restricciones.

Debe hacerse notar que no todas las conductas que fueran restrictivas y disminuyeran la competencia debían ser eliminadas. Así, en el artículo 174 expresamente se permitía al Presidente de la República autorizar actos o convenios que de otra manera serían ilegales, cuando ellos fueran necesarios para la estabilidad y desarrollo de la inversión doméstica o de empresas que el Estado deseaba promover. Por otra parte el artículo 181 mantenía intacto el mecanismo de control de precios, a pesar de que esto resultaba contradictorio con la idea de una ley que tendiera a promover la competencia de precios.

El número de casos tratados bajo la Ley N° 13.305, desde su inicio hasta 1972, fue de 121 aunque la mayor parte de ellos ocurrió en los dos primeros años de vigencia. En 1963 la Comisión Antimonopolios no conoció prácticamente ningún caso y desde 1965 hasta 1972 conoció sólo siete casos de menor importancia.¹

Debido a que durante ese lapso el gobierno chileno fijó los precios de muchos productos y servicios, parecía poco probable que existiera alguna expectativa en cuanto a que la Ley N° 13.305 lograra evitar que las empresas restringieran sus niveles de producción o cobraran precios monopólicos.²

Posteriormente con la dictación de la Ley N° 15.142 se otorgaron atribuciones más amplias, sobre todo en lo que se refería a la falta de atribuciones sustantivas, de manera tal que se facultó a la Comisión para aplicar sanciones como la modificación de actos o contratos o la aplicación de multas; manteniendo la facultad de requerir el ejercicio de la acción penal.

Junto con esto, la Ley N° 15.142 creó el cargo de Fiscal de la Comisión para que cumpliera el rol de acusador público y defensor del interés general en materias de competencia comercial e industrial, sirviendo de apoyo técnico e instruyendo las investigaciones que fueran necesarias para una aplicación más efectiva de la ley.

¹ Paredes, Ricardo; “Análisis de la Ley Antimonopolios en Chile”, *Revista de Análisis Económico*, vol. 3, n° 2, 1988, Pág.137.

² Banco Interamericano de Desarrollo y Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos; *Política y Ley de Competencia en Chile. Exámen Inter-pares*, 1994, Págs. 16 a 17.

2. EL DECRETO LEY Nº 211.

Con el nuevo régimen político que tuvo lugar a partir del año 1973 se dio un vuelco en materia económica, de tal manera que la política progresivamente intervencionista, que alcanzó su máxima expresión en el gobierno de Salvador Allende, fue sustituida por una política liberal-económica en donde el Estado pasó a tener un rol principalmente subsidiario.

Es así que en el año 1973 se dicta el Decreto Ley Nº 211 que fijó normas para la defensa de la libre competencia en las actividades económicas, y cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado mediante el Decreto Supremo Nº 511 de 1980, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Esta normativa derogó expresamente la legislación previa contenida en la Ley Nº 13.305.

Este cuerpo legal estableció un sistema tripartito compuesto por los siguientes órganos:

LAS COMISIONES PREVENTIVAS:

Se encontraban reguladas en el título II del Decreto Ley, y eran de dos tipos: Las Comisiones Preventivas Regionales, una para cada capital de región; y la Comisión Preventiva Central, que cumplía la función de ser la Comisión Preventiva Regional para la Región Metropolitana y además conocía todos aquellos asuntos que tenían el carácter de nacional o que comprometían a más de una región. Estas Comisiones eran órganos administrativos compuestos por representantes del Poder Ejecutivo, del mundo académico y de las juntas vecinales. Su principal función consistió en responder consultas sobre materias relacionadas con la libre competencia y sus miembros trabajaban ad-honorem, con el apoyo técnico de la Fiscalía Nacional Económica.

El funcionamiento de las Comisiones Preventivas Regionales fue más bien precario en comparación con el de la Comisión Preventiva Central.

LA COMISIÓN RESOLUTIVA:

Fue el órgano máximo, encargado de resolver las controversias en materias de libre competencia y reconocido como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de la época. Estaba compuesto por un Ministro de la Corte Suprema, que la presidía; un Jefe de Servicio designado por el Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción; un Jefe de Servicio designado por el Ministro de Hacienda; un Decano de una Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; y un Decano de una Facultad de Ciencias Económicas, ambos provenientes de una Universidad con sede en Santiago. Al igual que en el caso de las Comisiones Preventivas sus miembros trabajaban ad-honorem con el apoyo técnico de la FNE.

Dentro de sus atribuciones se encontraba conocer de oficio o a solicitud del Fiscal Nacional Económico de cualquier situación que se estimara contraria a

la competencia; investigarlas por sí misma con las más amplias facultades, e incluso con el auxilio de la fuerza pública; requerir la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que limitaran la competencia; y dictar instrucciones de carácter general a las cuales debían ajustarse los particulares en la celebración de actos y contratos.

Junto con la Comisión Resolutiva y formando parte de esta instancia administrativa- judicial, debe mencionarse la intervención de la Corte Suprema de Justicia que ejercía una suerte de superintendencia por la vía de los recursos de reclamación y de queja.

LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA:

Era (y veremos que sigue siendo) un servicio público independiente de todo otro órgano administrativo o servicio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía. El Fiscal Nacional Económico era y es un cargo de la exclusiva confianza del Presidente de la República. La FNE estaba encargada de investigar todo hecho, acto o convención que tendiese a impedir, eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia en los mercados; y el resultado de sus investigaciones era puesto en conocimiento de las Comisiones a fin de que éstas, en el ejercicio de sus atribuciones, adoptaren las medidas o sanciones adecuadas para evitar o reparar los efectos anticompetitivos de las conductas o hechos investigados. La Fiscalía Nacional Económica es la única de estos organismos que continúa desarrollando sus labores.

Con posterioridad a su dictación el Decreto Ley N° 211 ha sido objeto de modificaciones, introducidas por los Decretos Leyes N° 2.760 y 2.879, ambos del año 1979; por el Decreto Ley N° 3.057, también del año 1979; por la Ley N° 19.336 de 1994; la ley N° 19610 de 1999; por la Ley N° 19.806 de 2002 y por último , por la Ley N° 19.911 de 2003 que introdujo la reforma más importante que ha tenido esta normativa y que fue la que creó al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. El Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2003 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211.

3. ASPECTOS GENERALES DE LA LEY N° 19.911 DE 2003.

3.1. OBJETIVOS:

El Mensaje que da inicio al proyecto de la Ley N° 19.911 comienza señalando que la conclusión sobre la anterior legislación es que cumplió satisfactoriamente los requerimientos de la época, esto a pesar que estas Comisiones no cumplían "...los requisitos básicos de independencia,

especialidad, dedicación y dotación de recursos.”³ Se destaca el rol desempeñado por la FNE en este logro, atendido el hecho que las Comisiones Preventivas y Central funcionaban con recursos proporcionados por ella.

En el Mensaje se continúa señalando que “...los profundos cambios en la estructura económica del país de las últimas décadas, que dio paso a la participación privada en casi todos los sectores productivos y a la inserción de Chile en la economía global, junto con la aparición de nuevas estructuras empresariales, por ejemplo derivadas de la creciente ola mundial de fusiones y alianzas, han modificado sustancialmente el escenario en el cual le corresponde funcionar a la institucionalidad de defensa de la libre competencia, creando nuevas y mayores exigencias. En este nuevo escenario ya no es viable descansar en organismos débilmente constituidos”.

Esta supuesta satisfacción con el sistema anterior es criticada por el abogado Carlos Concha en su informe en derecho sobre este proyecto de ley, debido a que para él “...los resultados obtenidos de la aplicación de la legislación anterior son insatisfactorios en muchos aspectos, y es ello donde radica la necesidad del cambio”⁴.

Para él la mayor causante de restricciones a la libre competencia fue y sigue siendo el grado importante de participación del Estado en la actividad económica, así como su sistemática intervención reguladora en la economía; y no las fusiones y adquisiciones que fueron el motivo de la dictación de la Ley N° 13.305, ni tampoco el surgimiento de nuevas estructuras empresariales, que nacieron en la década de los sesenta, a su juicio, a raíz de las erróneas regulaciones del Estado.

Por su parte y en una línea similar a la expresada en el Mensaje del proyecto encontramos al Fiscal Nacional Económico de la época, Pedro Mattar quien señaló en “*El primer Encuentro de la Libre Competencia*” del año 2003, que “...el Decreto Ley N° 211 consolidó un sistema de protección de la libre competencia en las actividades económicas, que ha sido útil durante la época en la cual ha regido.

Sin embargo, existe también una opinión generalmente compartida, de que es necesario efectuar perfeccionamientos y ajustes a esta normativa, a fin de adaptarla a los nuevos tiempos, conforme evolucionan los mercados y las instituciones, cuya realidad actual es muy distinta a la de la época de su dictación.”⁵

Parece ser que la explicación que mejor expresaría el espíritu vigente al momento de plantear esta nueva legislación es la formulada por el abogado Carlos Concha en cuanto a que toda nueva ley expresa cierta insatisfacción con la normativa anterior, ya sea porque el legislador no comparte los objetivos de la legislación previa o porque compartiéndolos considera que las disposiciones no los logran.⁶

³ Diario de sesiones del Senado; *Anexo de documentos*, “Mensaje de S.E., el Presidente de la República al proyecto de ley que crea al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, pág 100.

⁴ Concha, Carlos; *Informe en Derecho sobre el Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, 2002, Pág. 8.

⁵ Fiscalía Nacional Económica; *Día de la Competencia*, 2003, Pág. 16.

⁶ Concha, Carlos; *Ibidem*.

La mayoría estuvo de acuerdo en la necesidad que los encargados de velar por la libre competencia cumplieran con requisitos de especialización en materias de competencia y dedicación, ya que tal como se señala en el Mensaje del proyecto éstas eran condiciones que no se cumplían en el sistema anterior, una de las razones por las cuales las Comisiones Preventivas y Central son reemplazadas por el TDLC.

Pero también se buscó la separación de funciones e independencia con respecto a la FNE, ya que como se indicó anteriormente las Comisiones en la práctica funcionaban en sus dependencias, utilizando personal y recursos de dicho organismo. De acuerdo con el Mensaje del proyecto⁷ estos objetivos de separación e independencia se alcanzarían a través de las siguientes medidas:

- La elección de los integrantes del Tribunal se realiza mediante un concurso público de antecedentes que garantice que los miembros de dicho organismo sean expertos en la materia.

- Dichos integrantes son remunerados y tienen dedicación exclusiva al Tribunal de Libre Competencia, a diferencia de los miembros de las antiguas Comisiones que trabajaban ad-honorem.

- En cuanto a la separación de funciones respecto de la FNE, en el Mensaje se menciona que bajo el anterior texto del Decreto Ley N° 211, los organismos y servicios encargados de prevenir, investigar, corregir y reprimir los atentados a la libre competencia eran las Comisiones junto con la Fiscalía Económica, pero se aclara que el espíritu de la ley emanado de la interpretación los preceptos de este cuerpo legal, era que éstos cumplían funciones distintas. Así, mientras la FNE era la encargada de efectuar las investigaciones y actuar como parte en representación del interés general de la colectividad, en el orden económico; las Comisiones, y especialmente la Comisión Resolutiva eran las encargadas de resolver los asuntos que se le sometieran. En la práctica, al ser asistidas técnicamente por la Fiscalía Económica, dicha separación no se cumplía.

Actualmente el Tribunal de la Libre Competencia cuenta con un personal y presupuestos propios.

- También se buscó lograr una mayor independencia del Tribunal de la Libre Competencia frente al Poder Ejecutivo; de esta manera por un parte se estableció la incompatibilidad entre la condición de integrante del Tribunal de la Libre Competencia y la de funcionario público, y por otra se fijó un mecanismo de destitución de los integrantes basado en criterios objetivos.

- Se clarificó el bien jurídico protegido, de manera que sirva como guía para los pronunciamientos del TDLC, y de esta forma lograr una mayor predictibilidad de su accionar. En la práctica lo que se hizo fue definir el objetivo de la ley y se modificaron los ejemplos de conductas contrarias a la competencia.

- Se suprimió el sistema tripartito anterior eliminando las Comisiones Preventivas y la Comisión Resolutiva, traspasando al TDLC la función de órgano consultivo, de manera que sea el mismo órgano el encargado de

⁷ Diario de sesiones del Senado; Texto Cit., Págs. 101 a 102.

resolver las controversias y las consultas, y así asegurar una mayor consistencia de sus pronunciamientos.

- Por último, se modificaron las atribuciones sancionatorias del Tribunal de la Libre Competencia, sustituyendo el carácter penal de la ley vigente por mayores multas y por la responsabilidad solidaria de los ejecutivos involucrados en actos anticompetitivos.

Por su parte, *el Informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia, y de Economía, Fomento y Desarrollo*⁸ de la Cámara de Diputados señala que “la idea central del proyecto es la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como un órgano jurisdiccional independiente, continuador legal de la actual Comisión Resolutiva y con las atribuciones consultivas de las Comisiones Preventivas, cuya finalidad es resguardar la libre competencia en los mercados”.

Todas estas medidas se concretan a través de dos artículos permanentes; el primero introduce varias modificaciones al Decreto Ley N° 211 de 1973; y el segundo contiene diez disposiciones transitorias.

Sobre estos objetivos y modificaciones se hará una reseña detallada durante el desarrollo de este trabajo.

3.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Sobre este tema debemos comenzar por recordar lo mencionado en el apartado anterior, esto es, que dentro de los objetivos del proyecto de ley se encuentra la clarificación del bien jurídico protegido.

El Mensaje precisa que la forma de clarificación se efectúa mediante la definición del objeto de la ley y la modificación de los ejemplos de conductas contrarias a la competencia, aclarando porqué se protege la libre competencia, y lo que sería más importante, se explicitaría que la defensa de la libre competencia no resulta ser un fin en sí mismo, sino que un medio para preservar el derecho a participar en los mercados, promover la eficiencia y por esa vía el bienestar de los consumidores.

Es así que el actual artículo 1° del Decreto Ley N° 211 señala: “La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados. Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley.”

Por su parte el actual artículo 3° expresa: “El que ejecute o celebre individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que

⁸ Cámara de Diputados, *Informe sobre el Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa la Libre Competencia*, Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia, y de Economía, Fomento y Desarrollo, Boletín N° 2944-03 (S), 2003, Págs. 8 y 9.

respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:

- a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.
- b) La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.
- c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.”

Debe hacerse notar que se eliminó del texto definitivo lo referente a “defender la libre competencia en los mercados, *como medio para desarrollar y preservar el derecho a participar en las actividades económicas, promover la eficiencia y, por esta vía, el bienestar de los consumidores*”.

Por su parte el reporte “*Política y Ley de Competencia en Chile. Exámen Inter-Pares*”, elaborado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, y el Banco Interamericano de Desarrollo como resultado del exámen al que se sometió voluntariamente la Fiscalía Económica en el Foro del 7 y 8 de abril de 2003⁹, se hace mención a que el objetivo principal del Gobierno Chileno es promover la *eficiencia económica*, con la expectativa de contribuir a que en el largo plazo se maximice el bienestar de los consumidores. De acuerdo con este informe, con la eliminación de esta frase se habría aclarado aún más la orientación de la ley hacia la eficiencia, explicitando la posición actual del Gobierno sobre los objetivos básicos de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, junto con confirmar su dedicación por la *libertad económica*. Anteriormente el Decreto Ley N° 211 no hacía mención a este objetivo, y por el contrario se habría sugería un bien jurídico totalmente desligado de la eficiencia. Así durante los primeros quince años los organismos competentes otorgaron una prioridad decisiva a una gama de valores distintos a la eficiencia y al bienestar del consumidor, como la *libertad de competir*, razón por la cual restricciones verticales como el trato comercial exclusivo y los territorios exclusivos se consideraban ilícitos por naturaleza, ya que habrían impedido que otras empresas funcionaran como distribuidoras.

A pesar de no incluir lo referente al desarrollo y la preservación del derecho a participar en las actividades económicas, la promoción de la eficiencia y el bienestar de los consumidores, sí se mantuvo la declaración de la defensa de la libre competencia, tal como se contiene en el artículo 1º ya enunciado.

Otra postura distinta sobre cuál debe ser el bien jurídico de la ley, es la sostenida por el profesor Ricardo Paredes, para el cual el objetivo único que

⁹ Banco Interamericano de Desarrollo y Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos; *Op.Cit.*, Pág. 20.

debería tener la Ley de Defensa de la Libre Competencia es la de permitir la máxima disposición de bienes en la economía, es decir, la *maximización del bienestar social*. A su parecer, para conseguir este objetivo debe considerarse de igual manera el beneficio de los consumidores y el de los productores, por lo que la ley no deberían ser considerados como objetivos fines como la distribución del ingreso, la eliminación de la extrema pobreza o la reducción del desempleo, ya que existirían medios más eficientes de conseguirlos y porque para perseguir estos objetivos adicionales sería necesario conocer la identidad de los involucrados en las conductas para determinar su legalidad o ilegalidad, lo que a su juicio sería no sólo esencialmente injusto sino que además muy difícil de aplicar.¹⁰

Según manifestó en su informe en derecho el abogado Carlos Concha¹¹, no era partidario de la incorporación de la frase finalmente eliminada, debido a que ésta no habría tomado en cuenta el mayor conocimiento del mercado. Él propone que en su lugar se consagre como objeto de la ley el *velar por el libre juego de la oferta y demanda en los mercados*, e incluyendo la *protección del bienestar de los consumidores* y el *resguardo de la participación en los mercados*, pero con la salvedad que se trate de la participación de los agentes económicos que actúen eficientemente; entre otras razones, porque de lo contrario sería necesario incurrir en medidas que aseguraran la permanencia de agentes menos eficientes.

En el mismo *Informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Economía, Fomento y Desarrollo* recaído en el proyecto de ley, el Fiscal Nacional Económico Pedro Mattar, a propósito de la discusión del artículo 3º, expresó "... el objeto de esta ley es *la libre competencia* como objeto protegido."¹²

Otra de persona que prestó asesoría a este informe, fue el abogado Tomás Menchaca¹³, quién expresó que no creía que se hubiera innovado con respecto al anterior texto del Decreto Ley N° 211, porque el proyecto sólo se remitía a la defensa de la libre competencia, sin pronunciarse sobre la *competencia desleal*, materia que la Comisión Resolutiva en su momento estimó de su competencia, por lo que a su parecer debió precisarse que el Tribunal de la Libre Competencia también lo era. También en dicho informe el abogado Axel Buchheister opinó que no creía necesario que se definiera el concepto de libre competencia, ya que es el TDLC el que debe hacer tal precisión por la vía de la jurisprudencia, y para esto los precedentes jugarían un rol fundamental.¹⁴

Por último, el abogado Jorge Streeter señaló en el documento de trabajo *Modificación de la Ley Defensa de la Competencia* del seminario organizado por Philippi, Irrázabal, Pulido y Brunner y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, que para determinar el verdadero sentido de la Ley de

¹⁰ Paredes, Ricardo; *Op. Cit.* Pág. 139.

¹¹ Concha, Carlos; *Op. Cit.* Pág. 17.

¹² Cámara de Diputados; *Texto Cit.*, Pág. 21.

¹³ Cámara de Diputados; *Texto Cit.*, Págs. 11 y 12.

¹⁴ Cámara de Diputados; *Texto Cit.*, Pág. 15.

Defensa de la Libre Competencia era necesario insertar dicho cuerpo legal en “un conjunto mucho más amplio de disposiciones constituciones y legales que tutelan la libertad e igualdad en el ejercicio de actividades económicas.” , y en su opinión, en la jurisprudencia de la Comisión Preventiva Central y de la Comisión Resolutiva se afirmaba que el propósito de la Ley de Defensa de la Libre Competencia o el bien jurídico protegido era “*la libertad e igualdad con que todos los sujetos pueden ejercer actividades económicas o participar en ellas.*”¹⁵

3.3.i. LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.

Previo a la enumeración de las conductas anticompetitivas contempladas en la Ley N° 19.911, haremos mención a la clasificación elaborada por el profesor Ricardo Paredes en su artículo *Un análisis de la Ley Antimonopolios en Chile*¹⁶. Él distingue entre: los acuerdos horizontales, los acuerdos verticales, la monopolización o abuso por poder monopólico, abuso de poder o coordinación a través de la propiedad de acciones, la depredación a través del proceso jurídico, restricciones al ejercicio de no miembros y las barreras de tipo legal.

1. Acuerdos Horizontales: Aquí encontramos las conductas que involucran transacciones entre dos o más agentes relacionados al mismo nivel del proceso productivo en la secuencia insumo-producto, y que se piensa puedan restringir la libre competencia.

Dentro de estas conductas encontramos:

a. Acuerdos horizontales de precios: La razón para sancionar esta práctica se basa en que con este acuerdo se busca actuar coordinadamente *como si* fueran los vendedores un verdadero monopolio o monopsonio en el caso de los compradores.

b. Reparto de territorios o zonas de mercado: Esta práctica es sancionada porque con ella se lograría disminuir o eliminar la competencia en cada segmento, de manera que sería posible aprovechar eventuales poderes monopólicos o monopsonicos sobre quienes pertenezcan a tales segmentos.

c. Fijaciones de cuotas: Su prohibición se basaría en que esta práctica permitiría determinar, a un nivel centralizado, el producto agregado a transar, con lo que existiría la posibilidad de usar este mecanismo como una forma de restringir la producción y lograr un resultado monopólico. Se señala que la fijación de cuotas sería un medio eficiente de controlar a los participantes de un cartel y también de distribuir los beneficios monopólicos.

¹⁵ Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brunner y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; *Modificación de la Ley Defensa de la Competencia*, documento de trabajo del seminario organizado por Philippi, Yrarrázabal, Pulido & Brunner y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2002, Pág. 34.

¹⁶ Paredes, Ricardo; *Op. Cit.* Págs. 141 a 145.

d. Fusiones: La razón para sancionarlas se encuentra en la creencia que esta práctica generaría una integración de tipo administrativo a objeto de incrementar el poder de mercado que la firma fusionada tiene y con ello su poder y explotación monopólico.

e. Boicots: Éstos constituirían un atentado a la libre competencia porque a través de la posibilidad de efectuarlos, los agentes podrían mejorar su posición negociadora y de esa forma explotar poderes monopólicos o monopsónicos.

f. Propaganda y comercialización desleal: Consisten en engaños a otros agentes que no sólo generan distribución de riqueza, sino también un importante costo social.

g. Asociaciones de comercio: Ésta práctica se sanciona porque estas instituciones, que agrupan agentes de un mismo rubro, podrían abusar del potencial que tienen de actuar coordinadamente, eliminando la competencia entre sus miembros.

h. Intercambio de información: La justificación para sancionar esta práctica radica en que el intercambio de información podría ser usado con el objeto de mantener una situación de eliminación o disminución de la competencia que habría de no existir este proceso, como por ejemplo, por la coordinación de un cartel.

2. Acuerdos Verticales: Aquí se incluyen las transacciones entre dos o más agentes relacionados en niveles sucesivos de la cadena insumo-producto, y por las cuales se pueda afectar el grado de competencia negativamente. Especialmente se teme que quien detente un poder monopólico abuse de un “seguidor” o “predecesor” de la cadena; ya sea cobrándole precios mayores, ofreciéndole precios inferiores o aplicando condiciones contractuales que signifiquen abusar de este poder. También se busca evitar que mediante el control vertical, alguien que detente un poder monopólico lo traspase o duplique, de modo que los consumidores finales sean afectados adversamente con esa conducta.

Debe tenerse presente que existe una corriente de opinión que estima que las relaciones verticales, sean estipuladas en un contrato o por la integración tecnológica directa, pueden ser justificadas por incrementar la eficiencia de las firmas.

Dentro de estas prácticas tenemos:

a. Distribución exclusiva: Se refiere a la concesión o al requerimiento, por parte de un productor, de la distribución exclusiva de su producto a un vendedor. La idea general tanto en ésta como en otras prácticas es que la imposición de condiciones a otros agentes reflejaría la existencia de un poder monopólico, poder que es la fuente de ineficiencias.

b. Fijación de precios de reventa: Consiste en fijar, delimitar o sugerir el precio al cual los distribuidores de un producto pueden venderlo a los consumidores. La Ley Antimonopolios chilena habría tratado fundamentalmente la situación de los precios mínimos sugeridos, los que en opinión de Ricardo Paredes no deberían ser considerados de la misma forma que los precios máximos.

c. Integración vertical: La justificación para sancionar la unión de dos firmas que se encuentran tecnológicamente relacionadas a través de etapas sucesivas en el proceso insumo-producto, se encontraría en las teorías que sugieren que sería posible duplicar el poder monopólico de una etapa de producción en otra.

d. Discriminación: El hecho que existan diferencias en las condiciones de venta, y especialmente de precios, con que son tratados los diferentes agentes de la cadena productiva, evidenciaría la existencia de un poder monopólico diferenciado. Sobre este tema se ha escrito largamente, especialmente sobre la extracción directa de rentas a los productores discriminados y la forma por la cual se puede discriminar de mejor forma a los consumidores, atendiendo a que cada una de estas situaciones tiene distintas consecuencias para el bienestar.

3. Monopolización o Abuso de Poder Monopólico: Se traduce en las siguientes situaciones:

a. Monopolios: El hecho de poseer poder monopólico, ya sea porque existe uno o pocos productores en el mercado, hace sospechar que dicho poder será usado. Especialmente la mantención de ese poder justificaría, en opinión de los legisladores, una sanción o al menos una investigación. La diferencia con las anteriores prácticas descritas es que cuando se denuncia o trata el caso de monopolios, se está pensando en su mera existencia y no en la búsqueda de incrementar, a través de una acción, dicho poder.

b. Patentes: La finalidad del uso de patentes impedir una imitación, lo que genera un poder monopólico. Es por esto que en ciertos casos el origen de las patentes, así como su duración, se investiga como un posible atentado a la libre competencia.

c. Discriminación de precios: Se trata del cobro diferenciado de precios a los consumidores y que no se explica por diferencias en el costo marginal de proveer el producto. Como existe una relación teórica entre el eventual poder monopólico y lo conveniente que resulta discriminar precios, esta práctica generalmente hace sospechar la existencia de un poder monopólico, y por otra parte, permite extraer en forma diferenciada a los consumidores de los productos.

d. Ventas atadas: Dentro de esta práctica encontramos una serie de subcategorías. Dentro de las más frecuentes están los requisitos de compra de bienes distintos al adquirir un producto determinado, adquirir un volumen mínimo, la discriminación implícita al comprar un producto por separado, etc. Como cada una de estas prácticas tiene un propósito diferente, afectarían en forma distinta el bienestar de la comunidad.

e. Monopsonio: Es el caso análogo al monopolio, cuando se trata de uno o pocos compradores, los que podrían aprovechar su condición para pagar precios inferiores a los que serían pagados de no existir esta ventaja en las condiciones de negociación.

f. Barreras a la entrada: Son las conductas tendientes a impedir el acceso de competidores al mercado. Esto impediría la competencia de tal forma que

permitiría a los que incurren en estas conductas usar el poder monopólico que poseen. Para el profesor Ricardo Paredes, aunque en teoría se han propuesto varias formas a través de las cuales se crean estas barreras; como lo son la publicidad, el crecimiento, el acceso al crédito, la depreciación, etc., el tratamiento que le ha dado la justicia chilena a tales prácticas ha consistido fundamentalmente en la imposición de condiciones legales, con lo que es posible la clasificación separada de las conductas. Para él cada vez es más claro que la existencia de barreras a la entrada no es necesariamente ilegal, y en la práctica ciertos tipos de barreras son fomentados y resguardados por la ley, como es el caso de leyes de patentes, de propiedad intelectual, e incluso la propiedad privada.

g. Dumping y precios predatorios: Esta práctica se asocia al cobro de precios inferiores al costo medio de producción, lo que se haría con el objeto de quebrar a los competidores, para posteriormente abusar de la posición monopólica que produciría la ausencia de los mismos. Sin embargo se discute si es posible conseguir tales resultados a través de dicha conducta, y tampoco existiría en opinión del autor evidencia empírica importante que sustente las hipótesis de depredación.

4. Abuso de Poder o Coordinación a través de la Propiedad de Acciones:

Esta situación se refiere a consideraciones de agencia aplicadas a las empresas que se traduciría en que los objetivos de los dueños o accionistas no serían cumplidos por los gerentes. También puede referirse a la concentración de propiedad en varias firmas del mismo rubro, lo que puede ser indicio de una actuación monopólica coordinada. Y finalmente, existiría la posibilidad de coordinar empresas de un mismo rubro por parte de conglomerados que poseen participación común en una tercera empresa.

5. Depredación a través del Proceso Jurídico: Consiste en causar pérdidas a los competidores a través de la tramitación y demora de los procesos jurídicos. Esta situación es señalada como una importante forma de competencia desleal en Estados Unidos.

6. Restricciones al Ejercicio de No Miembros: Se trata de restricciones al trabajo para los que aún siendo idóneos para ocupar ciertos cargos, no se les permite ejercerlo por no pertenecer a determinadas asociaciones, sindicatos, profesiones o gremios.

7. Barreras Legales: Están constituidas, fundamentalmente, por leyes o decretos que otorgan privilegios a ciertas empresas o personas para operar en ciertas industrias.

3.3.ii. Las Conductas Anticompetitivas de la Ley N° 19.911:

El nuevo artículo 3° del Decreto Ley N° 211 consigna:

“El que ejecute o celebre individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:

- a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.
- b) La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.
- c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.”

De acuerdo con el Mensaje del proyecto, la anterior redacción del artículo 2º del Decreto Ley Nº 211 dio lugar a muchas confusiones, debido a que combinaba descripciones de conductas con el ámbito de aplicación de la ley; siendo el ejemplo más claro de esto las letras b) y e) de dicho artículo, en las cuales se señalaba que *se consideraban como actos o convenciones que tendían a impedir la libre competencia aquellos que se referían al transporte o a la libertad de trabajo.*

Este nuevo artículo 3º, en cambio, enumera sólo a modo ejemplar tres figuras tradicionales de actos contrarios a la competencia, como son los carteles, los abusos de posiciones dominantes y las conductas predatorias, ya que de acuerdo con el Mensaje, “la idea es presentar estas figuras de manera general, dejando la calificación específica de cada caso particular a la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el que siempre deberá tener presente el objetivo de la ley descrito en el artículo 1º.”¹⁷

Esta posición concuerda con la opinión formulada por el abogado Jorge Streeter en el Informe de las Comisiones Unidas, al señalar que “...la ley de defensa de la competencia debe limitarse a describir lo sustancial de las conductas monopólicas, ya que el derecho de la competencia es una disciplina que está en permanente elaboración, sobre la base de muy pocas pero fundamentales disposiciones de derecho sustantivo.”¹⁸

Por su parte, el entonces Fiscal Nacional Económico Pedro Mattar, también hizo ver la conveniencia que la nueva ley de defensa de la competencia realizara una descripción genérica de las conductas anticompetitivas, de manera que al ser una enumeración no taxativa, el Tribunal de la Libre Competencia pudiera investigar y sancionar, eventualmente, otras conductas

¹⁷ Diario de sesiones del Senado; Texto Cit., Pág. 103.

¹⁸ Cámara de Diputados; Texto Cit., Pág. 10.

anticompetitivas o bien pronunciarse sobre estructuras monopólicas o dominantes de los mercados aún cuando no se cometieran acciones contrarias a la competencia propiamente tales; todo esto conforme a la llamada “regla de la razón”, de manera tal que se creara derecho por la vía de la jurisprudencia.

Además destacó que con la modificación introducida por la Ley N° 19.911, se describen tipos de conductas concretas que comprenden una variedad de situaciones, lo que contrasta con el antiguo Decreto Ley N° 211 que establecía en forma muy general, imprecisa y desordenada lo que se entendía por prácticas monopólicas contrarias a la competencia.¹⁹

Una posición distinta sostuvo el abogado Carlos Concha, quién calificó a los ejemplos de prácticas anticompetitivas contenidas en la Ley N° 19.911 como erradas.

Respecto de la conductas constitutivas de acuerdos tácitos, clarificó que estas conductas se encuentran entre las que la doctrina no está conteste si constituyen o no infracciones a la libre competencia; debido a que estos acuerdos tácitos o conductas conscientemente paralelas se encuentran insertas en el plano de un mercado oligopólico donde naturalmente tiene lugar un comportamiento en el cual sus participantes actúan de acuerdo a lo que hacen los demás, de manera que sus decisiones económicas van a depender de lo que se cree será la estrategia del otro (Teoría de los Juegos). De esta manera las conductas paralelas resultan ser consecuencia de una estrategia de juegos y no de un acuerdo, razón por la cual recomendó la eliminación de los acuerdos tácitos de este listado.

En cuanto al abuso de posición dominante, destacó que la doctrina todavía no ha aclarado cuando una empresa dominante simplemente ejerce su poder y cuando está abusando de él; ya que habría muchos casos de posición dominante que para algunos son próximos a la libre competencia y para otros son abusivos. Es por esto que para él es un error enumerar dentro de los ejemplos de prácticas atentatorias a la libre competencia al abuso de posición dominante, y en cambio se debió señalar que “será sancionada del modo que establece la ley el abuso de poder monopólico dominante. No constituirá abuso el mero ejercicio de poder de mercado.”; ya que de lo contrario se podría sancionar el monopolio o poder de mercado en sí, lo que sería rechazado por la unanimidad de la jurisprudencia.

Respecto a las conductas predatorias serían aplicables las mismas críticas, en el sentido que no se debió comprender dentro de los ejemplos de conductas anticompetitivas, debido a que serían muy limitados los casos en que esas conductas son atentatorias a la competencia, y a que sería irrelevante el propósito o finalidad de la conducta, ya que la experiencia demostraría que en muchas ocasiones existiendo la intención, la conducta no es idónea para lograr el efecto deseado, con lo cual resulta que no hay responsabilidad. Es por esto que él propuso que como mucho la ley debió decir que “serán sancionadas las prácticas predatorias, cuando en unión con otras circunstancias, sean idóneas para alterar la libre competencia.”²⁰

¹⁹ Fiscalía Nacional Económica; *Op.Cit.*, 2003, Pág.19.

²⁰ Concha, Carlos; *Op. Cit.* Págs. 39 a 41.

3.3.iii. Las Infracciones De Peligro Y De Resultado:

A propósito de las conductas anticompetitivas, haremos una referencia a las infracciones de peligro y de resultado, tema tratado por el abogado Carlos Concha en su informe en derecho.²¹

3.iii. a) La Relación Causal:

El abogado Carlos Concha parte señalando que la infracción a la libre competencia solo puede darse por establecida en el caso que su resultado, actual o potencial, pueda efectivamente atribuirse a la conducta calificada como ilícita, lo que supondría establecer rigurosamente esta relación.

Generalmente éste sería el problema central en los juicios sobre libre competencia, debido a tres razones: La primera es que aún cuando el resultado lesivo se haya producido, no siempre es producto exclusivo de la conducta calificada como ilícita, sino de un conjunto de *concausas*; por lo que la ley debió establecer que la conducta no podría ser sancionada sino solo cuando se pueda demostrar que la lesión a la libre competencia se podría haber evitado con la sola eliminación hipotética de la conducta investigada.

Otra razón sería que generalmente el daño a la competencia no es cierto, sino que eventual, y es establecido de acuerdo a un juicio de experiencia y probabilística, razón por la cual la ley debería exigir una prueba rigurosa de manera que el TDLC pudiera afirmar sin duda que el resultado de todos modos se habría producido aunque no se hubiera interrumpido la conducta investigada.

Y por último, para el caso que el TDLC no pudiera llegar a esa convicción, éste solo debería ser autorizado para aplicar medidas preventivas, como si se tratara sólo de un mero peligro de infracción.

3.iii. b) La Sanción:

Respecto a la sanción de las infracciones de peligro, el actual artículo 3º del Decreto Ley N º 211 precisaría que las infracciones a la libre competencia constituyen una infracción de peligro, es decir que para que sean sancionadas no es necesario que efectivamente hayan dañado a la libre competencia, y bastaría ya sea que tiendan a ello o que tengan la aptitud para producir ese efecto; lo que se encontraría consagrado en la siguiente frase de su inciso 1º: “El que ejecute o celebre individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o *que tienda a producir dichos efectos...*”.

Por otro lado, respecto a la sanción de las infracciones con resultado, el mismo artículo 3º señala que en el caso que la conducta lograra lesionar a la libre competencia, esta práctica también será sancionable, lo que a juicio del

²¹ Concha, Carlos; *Op. Cit.* Págs. 34 a 45.

abogado Concha resulta innecesario de señalar debido a que esto ya era entendido así antes de la Ley N° 19.911, aunque no por esto estaría demás.

Menciona la conveniencia que las sanciones sean distintas cuando la conducta anticompetitiva haya producido resultados que cuando no los haya producido, en base al principio básico de la teoría de las sanciones económicas y jurídicas, según la cual éstas deben funcionar en base al costo social que produzca la infracción; de esta manera aunque el delito no sea de resultado, la pena asignada puede determinarse, entre otros factores, por este elemento.

Por otro lado, esta distinción en las sanciones sería de utilidad en los casos que la conducta no hubiera producido su resultado, por lo que la sanción solo podría basarse en un juicio de probabilidades, razón por la cual la severidad de las sanciones debería morigerarse.

3.iii. c) La Prevención:

Carlos Concha concluye este tema haciendo referencia a dos áreas del derecho de la libre competencia: Una es *la sancionadora* que castiga las infracciones que han logrado su resultado y a las infracciones que sin dañar a la libre competencia, tengan la aptitud de provocarlo.

La otra área es *la preventiva*, y a su juicio al menos el cincuenta por ciento de la actividad de los órganos de la libre competencia estaría destinada a ésta. La consecuencia de esta área no es la aplicación de sanciones, sino que la declaración del mercado en observación, o bien la dictación de medidas preventivas en ejercicio de las facultades del TDLC.

Ahora, no obstante que no se apliquen sanciones, las consecuencias económicas de la regulación son generalmente de mayor relevancia económica para la empresa que la sanción, razón por la cual el abogado Concha estimó que dichas medidas sólo deberían aplicarse cuando se cumplieran ciertos requisitos:

- 1) Que se trate de medidas específicamente previstas en la ley.
- 2) Que el eventual peligro de una conducta futura atentatoria a la libre competencia y el eventual daño a la competencia, se puedan confirmar con un alto grado de probabilidad.
- 3) Que las medidas preventivas no sean contrarias a la libre competencia (lo que en su opinión ocurriría con frecuencia).
- 4) Que se apliquen previo un proceso legal, tal como ocurre con las sanciones, salvo que se trate de medidas precautorias esencialmente provisionales.

3.4. Eliminación del Carácter Penal:

Vinculado a este tema de las conductas antimonopólicas, pasaremos a analizar lo referente a la eliminación del carácter penal de la ley.

De acuerdo con el Mensaje del proyecto, debido a que se modificó lo referente a la enunciación de las hipótesis consideradas atentatorias a la libre competencia, optando por una norma más amplia que sólo describiera las conductas a modo ejemplar; resultó que esta enunciación genérica era incompatible con la mantención de la figura penal que consagraba el anterior artículo 1º del Decreto Ley Nº 211, debido a que dicha figura requería la especificación del tipo, ya que de lo contrario se habría vulnerado la garantía constitucional del inciso final del Nº 3º del artículo 19 de la Constitución Política.

El anterior artículo 1º del Decreto Ley Nº 211 señalaba: “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados.

Cuando el delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicina o salud, la pena se aumentará en un grado.”

El Mensaje continúa señalando que como contrapartida a esta despenalización de la ley, se aumentó el monto de las multas y se estableció la responsabilidad solidaria de su pago a los directores, gerentes o administradores de las empresas que incurrieran en conductas anticompetitivas.

También se tuvo en cuenta que prácticamente nunca se ejerció la acción penal, razón por la cual el Mensaje concluye que la figura del delito económico no logró disuadir las conductas contra la libre competencia, de manera que la eliminación del carácter penal en ningún caso significará un ablandamiento frente a las infracciones de esta ley y por el contrario, las modificaciones introducidas van a disuadir más eficazmente a los potenciales infractores.

Por su parte, el entonces Fiscal Nacional Económico, Pedro Mattar postuló dos razones que justificaron esta modificación; la primera, que la anterior descripción de la ley contenía una ley penal en blanco, debido a que se trataba de un tipo penal genérico e indeterminado, lo que era contrario a los principios penales; y, la segunda, ya mencionada, que el ejercicio de la acción penal fue prácticamente excepcional, de manera que no se justificaba la mantención de este delito económico.

También se refirió a la elevación del monto máximo de las multas, desde diez mil unidades tributarias mensuales a veinte mil unidades tributarias anuales, multa a beneficio fiscal y que actualmente puede ser impuesta no solo a la persona jurídica, sino también a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización de la práctica atentatoria.

El entonces Fiscal Pedro Mattar, destacó que con todas estas medidas se buscó “...contrarrestar la supresión del carácter penal de la ley actual y actualizar la cuantía de las multas, con el propósito que guarden una mayor relación con el capital en giro de las empresas que operan en los mercados y con la magnitud de sus operaciones comerciales.”²²

²² Fiscalía Nacional Económica; Texto Cit., Págs. 19 a 20, 2003.

El abogado Carlos Concha también se refirió a la conveniencia de suprimir la pena corporal, en lo que la mayoría de la doctrina se mostró conteste, por ser una medida “inadecuada, injusta e ineficiente”. Para él la pena corporal de privación de libertad, como estaba establecida, no era una pena justa ni proporcionada, ya que en la práctica se traducía en presidio menor en cualquiera de sus grados; en circunstancias que la pena corporal solo debe ser aplicada como una pena residual de última aplicación y que en materia de libre competencia solo se justificaría en casos de competencia fraudulenta y de reincidencia en infracciones de colusión manifiesta.

Por otra parte, la naturaleza y severidad de la privación de libertad la convertía en una medida inaplicable en la práctica debido a que el ejercicio de la acción penal no correspondía a cualquier particular, sino que a la FNE en forma exclusiva, que sólo podía ejercer dicha acción previo acuerdo de la Comisión Resolutiva, lo que hacía que la responsabilidad penal no fuera de hecho perseguida ni aplicada, lo que sumando al hecho de la baja probabilidad que el infractor fuera descubierto, transformaba dicha pena en una sanción no disuasiva.

En cuanto al tema de la despenalización, para el abogado Concha dicha despenalización dice relación sólo con la eliminación de las penas corporales de privación de libertad, la que fue reemplazada por el aumento de las multas; multas que en su opinión constituyen una sanción penal, a pesar de lo que diga el Mensaje del proyecto. A su parecer la declaración de la supuesta despenalización sería una mera forma de hacer “...más digerible el descomunal incremento en las multas”; situación que hubiera sido aún más criticable si la Ley N° 19.911 hubiera mantenido la facultad de fallar en conciencia, hecho que habría otorgado al TDLC “...un grado de discrecionalidad intolerable en el actual estado de evolución de las garantías de las personas en el derecho internacional y nacional.”

En su opinión, esta encubierta mantención de la sanción penal sería más cuestionable a la luz del actual artículo 28 N° 1°, el cual hace aplicable el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, según el cual las multas deben pagarse en el plazo de diez días desde que quede ejecutoriada la resolución que las imponga, autorizando al TDLC para que en el caso de no pagarse, pueda aplicar medidas de apremio como prisión o el aumento de las multas. Aún más, él destaca que esta medida podría ser aplicada aún antes que quede ejecutoriada la sentencia, debido a que la actual ley mantiene la exigencia que para interponer el Recurso de Reclamación contra de las sentencias del TDLC, es necesario consignar el cincuenta por ciento de la multa (finalmente se estableció que el monto a consignar es el 10 por ciento).

En lo relativo al tema de la solidaridad, el actual artículo 26 en su inciso 2° señala: “En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas: c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil Unidades Tributarias Anuales. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, *responderán solidariamente* del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que

se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo.”

Respecto a este tema, el abogado Concha indicó que la responsabilidad solidaria puede dar lugar a un cúmulo de responsabilidades, atendiendo a que la redacción del actual artículo 26 en su letra c) facultaría al TDLC para aplicar tantas multas como personas intervengan en la conducta. Es por esto que a su juicio se debió establecer un límite en el monto de las multas aplicables a los participantes en el respectivo acto, de modo que en conjunto no pudieran exceder el máximo legal de veinte mil Unidades Tributarias Anuales.

Junto con esto, el hecho que entre los responsables se incluya a las personas que hubieren obtenido provecho de la infracción cuando hubieran participado en el acto ilícito, aún cuando no tengan el carácter de directores, administradores o gerentes, permitiría que el monto de la multa se viera multiplicado, situación que también haría recomendable establecer una multa máxima aplicable, ya que en su opinión “...la sanción debe tener solo por objeto hacer recaer sobre el infractor una pena por el costo social que ha causado la infracción.”

Para Carlos Concha otro problema distinto es el de la responsabilidad en el pago, que de acuerdo con el actual artículo 26 se trata de una responsabilidad solidaria, lo que a su parecer es contrario a la ley penal debido al carácter personalísimo que deben tener las penas. Solamente en el caso que las infracciones hayan causado un daño emergente o lucro cesante, podría existir una responsabilidad solidaria para el pago de la indemnización, y todo esto según las reglas generales del derecho.²³

En la misma línea encontramos al abogado Claudio Undurraga en su informe en derecho recaído en el proyecto de ley, quién también consideró que la actual ley puede dar lugar a un cúmulo de responsabilidades. Él hace referencia a la prohibición establecida en el artículo 19 N° 3° inciso final de la Constitución Política, que consagra que ninguna ley puede establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella; es decir, se prohíben las leyes penales en blanco o leyes que establecen sanciones por conductas cuya descripción consiste en la infracción a conductas o prohibiciones establecidas en resoluciones administrativas o en simples decretos. También calificó al anterior texto del Decreto Ley como una ley penal en blanco, en razón que la descripción de las conductas anticompetitivas era solo a modo ejemplar, y a su juicio ésta era la razón por la cual prácticamente no se ejerció la acción penal, aplicándose otras sanciones.

También estimó que la supuesta despenalización de la actual ley no era tal, y que las elevadísimas multas aplicables constituyen sanciones penales a las cuales se les pretendería privar de todo el sistema de protección a que tienen derecho reos de penas muy inferiores; así por ejemplo, el actual artículo 9° del Decreto Ley N° 211 establece que en caso de empate en algún acuerdo del TDLC, tendrá voto dirimente el miembro que lo presida; lo que a su juicio sería similar a la forma de actuar del directorio de una sociedad anónima, y totalmente opuesto a lo establecido en el artículo 74 del Código Orgánico de

²³ Concha, Carlos; *Op. Cit.*; Págs. .

Tribunales, según el cual en materia penal, si la mitad de los votos se uniforma a favor del procesado, ya sea para absolverlo o para imponerle una pena menor, esta opinión formaría sentencia.

Tampoco sería aplicable el artículo 19 N° 7 letra f) de la Constitución Política, que establece la prohibición de obligar al inculcado a declarar bajo juramento sobre hecho propio, así como tampoco pueden ser obligados a declarar contra éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que según los casos y circunstancias señaladas en la ley; ni su letra g) que prohíbe imponer la pena de confiscación de bienes.

Para el abogado Undurraga, al permitir el actual artículo 26° que se impongan sucesivos apremios al deudor para que pague la multa, en la práctica se estaría imponiendo la pena de confiscación de bienes y de prisión por deudas, ya que el deudor debería consignar el monto de la multa para recuperar su libertad. A esto se agrega la facultad de aumentar progresivamente el monto de las multas sin que se establezca un límite por la ley, con lo cual el legislador estaría obviando que al estar establecida en unidades tributarias anuales, la multa ya es reajutable de por sí.

Sobre el aumento del monto de las multas, el abogado Undurraga hace referencia a las medidas que se exigieron por el Senado cuando se aumentó el monto de las multas establecidas en la Ley de Electricidad y Combustibles, debido a que en un principio este proyecto tampoco contenía una graduación de las penas. Algunas de las medidas aplicadas fueron la clasificación de las infracciones, el establecimiento de otras sanciones distintas a las multas y la fijación de criterios para la aplicación de las penas. En su informe él propuso que se establecieran medidas similares a éstas, solo que adecuadas a la Libre Competencia.²⁴

Por su parte, en su informe económico *el Tribunal de la Libre Competencia: Modificaciones a la Institucionalidad Antimonopolio*, María de la Luz Romper y Axel Buchheister también se muestran de acuerdo con la eliminación del carácter penal de la ley, ya que no sería correcto aplicar sanciones penales a infracciones económicas; teniendo presente que en muchas ocasiones las situaciones son discutibles y poco claras debido a lo complejo de los escenarios comerciales.

Con la modificación introducida, estas conductas son sancionadas fuera del ámbito penal, con multas cuya cuantía son elevadas para que tengan mayor valor disuasivo, de manera que quién atente contra la competencia será un infractor y no un delincuente; pero también advirtieron que el aumento de las multas del propuesto en el proyecto (era de 30.000 UTA) alcanzaba cifras excesivas, pudiendo desincentivar la actividad empresarial, agregando el hecho que la ley ya no contiene un criterio legal para orientar al TDLC en la imposición de las multas, ya que se eliminó la referente a que la Comisión Resolutiva debía regular “prudencialmente” el monto de la multa, según “el capital en giro o la capacidad económica del infractor y la gravedad de la infracción”, imponiéndosele de esta manera, un criterio y a la vez un límite.

²⁴ Undurraga, Claudio ; *Informe en Derecho sobre el Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, 2002, Págs. 9 a 14.

Al igual que los otros autores, también destacan el hecho que con la nueva normativa puede ocurrir que se sancione dos veces por el mismo hecho debido a la extensión del sujeto punible no solo a la persona jurídica, sino además a sus personeros. A su parecer debería castigarse solo a la empresa, ya que con esto operarían los incentivos y luego ésta vería que acción tomar contra quién actuó, por el daño económico que suponga la multa.

Para ellos tampoco correspondería que se establezca una responsabilidad solidaridad, porque se trataría de otra situación perjudicial para los personeros de la empresa, lo que se sumaría a la doble sanción antes mencionada. Por otro lado, hacen ver que la pena se puede extender a todas “las personas que se hayan aprovechado del acto respectivo”, lo que a juicio de ellos sería un concepto vago que extendería ilimitadamente la responsabilidad.²⁵

Otra visión distinta es la entregada en el reporte *Política y Ley de Competencia en Chile* de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos y el Banco Interamericano de Desarrollo. En este reporte se describe que durante los casi treinta años de duración de normativa anterior, la imposición de multas fue poco frecuente, y difícilmente se acercaron al nivel máximo. De acuerdo con sus datos, durante los casi treinta años de aplicación de las leyes de la competencia, sólo se impusieron multas en setenta y tres causas (entre las cuales se encontraban nueve casos de acuerdos horizontales, cuatro de acuerdos verticales y cuarenta y tres de monopolización), y el monto total de las multas aplicadas fue menor a US\$1.000.000. Por otra parte, la multa media fue de US\$13.500, aproximadamente. En promedio, las multas más cuantiosas que aplicó la Comisión Resolutiva (alrededor de \$55.000) se registraron en ocho causas de competencia desleal, siendo reducidas por la Corte Suprema en casi un 50% en promedio.²⁶

Debe tenerse presente que si bien se eliminó lo referente a que la regulación de la multa fuera prudencial, según el capital en giro o la capacidad económica del infractor y la gravedad de la infracción; la Ley N° 19.911 estableció que para la determinación de las multas el Tribunal de la Libre Competencia debe considerar, entre otras circunstancias, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor. Pero en todo caso, la referencia a que se deben considerar estas circunstancias “entre otras”, da lugar a que se cuestione cuáles podrían ser estos factores; quizás podría pensarse que se trata de las circunstancias que antes contemplaba la ley, aunque su actual eliminación puede hacer pensar que si éstas fueron eliminadas por el Legislador, fue porque no las consideraba adecuadas, por lo que podría concluirse que se va a tratar de las circunstancias que el propio Tribunal de la Libre Competencia considere aplicables, siendo recomendable eso sí, que

²⁵ Buchheister, Axel; Domper, María de la Luz; *Tribunal de la Competencia: Modificaciones a la Institucionalidad Antimonopolio*, Serie Informe Económico, Instituto Libertad y Desarrollo, N° 133, 2002, Págs. 38 a 39.

²⁶ Banco Interamericano de Desarrollo y Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos; *Op.Cit.*, Págs 35 y 36.

dichas circunstancias fueran consignadas en la sentencia, precisamente por no estar contempladas expresamente en la ley y como una manera de dar mayor seguridad jurídica tanto a los actuales como posibles sancionados.

CAPÍTULO II:

EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.

Tal como se señaló anteriormente, el objetivo principal de la Ley N° 19.911 es la eliminación de las antiguas Comisiones Preventivas; Regionales y Central, y el reemplazo de la Comisión Resolutiva por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Es así que el Mensaje del proyecto enuncia que “El eje central del presente proyecto de ley es el fortalecimiento del órgano jurisdiccional encargado de resolver los conflictos en esta materia, el que pasa a denominarse Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.”²⁷

Esta misma idea se vuelve a reiterar más adelante, cuando señala que “(la) eliminación de las Comisiones Preventivas y creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Es la materia central que contiene este proyecto.”²⁸

El Mensaje continúa con una reseña de la creación de las Comisiones Preventivas en un especial momento histórico-económico, en octubre de 1973, momento en el cual se dio lugar a una transformación del modelo económico anterior (de corte intervencionista), por lo que se hacía necesaria la creación de un órgano de consulta.

“Hoy, con toda la experiencia acumulada, se ha creído conveniente eliminar las Comisiones Preventivas, y transformar la Comisión Resolutiva en un tribunal, permitiendo que la Fiscalía Nacional Económica se concentre en las investigaciones y en la actuación como parte ante el tribunal, representando el interés general de la colectividad en el orden económico. Para ello, se reemplaza el Título II por aquel que regulará al Tribunal de Defensa de la Competencia, continuador legal de la actual Comisión Resolutiva.”²⁹

Luego hace un repaso general a las principales modificaciones introducidas, como son su integración, forma de elección, funcionamiento, etc.

Por su parte, el entonces Fiscal Nacional Económico Pedro Mattar, señaló en el discurso inaugural del primer “*Día de la Competencia*” que fue la realidad la que impuso la “imperiosa” necesidad de realizar una adecuación a la institucionalidad de defensa de la competencia, debido a las mayores exigencias de nuestra economía y a su evolución a mayores grados y niveles de competencia y desarrollo, lo que planteaba nuevos desafíos a los organismos de la competencia. Es por esto que se creó este nuevo tribunal

²⁷ Diario de sesiones del Senado; Texto Cit., Pág. 100.

²⁸ Diario de sesiones del Senado; Texto Cit., Pág. 103.

²⁹ Diario de sesiones del Senado; Texto Cit., Pág. 104.

especializado en materias de la libre competencia, provisto de independencia y que ejerce sus funciones con transparencia, responsabilidad y excelencia profesional.

Destacó que la creación de este tribunal es parte de todo un proceso gradual y general de perfeccionamiento de la legislación e institucionalidad económica; proceso en el cual se buscó la participación de diversos actores del escenario nacional e inserto dentro de la agenda pro-crecimiento del Gobierno de entonces.³⁰

Finalmente, el informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados, consagró como idea matriz o fundamental de dicho proyecto, la creación del TDLC como un órgano jurisdiccional independiente, continuador legal de la actual Comisión Resolutiva y con las atribuciones consultivas de las Comisiones Preventivas; cuya finalidad es resguardar la libre competencia en los mercados.³¹

1. CARACTERÍSTICAS.

Nuevamente partimos por examinar el Mensaje del proyecto, que nos dice que al TDLC “se le reconoce expresamente su calidad de órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia correctiva, direccional y económica de la Corte Suprema.”³²

Es así que el actual artículo 5º del Decreto Ley N°211 expresa: “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia”

La referencia tanto del Mensaje como del artículo 5º, en cuanto a que se trata de un “órgano jurisdiccional especial”, se basa en el hecho que el TDLC se encuadra dentro de los tribunales que, de acuerdo con el inciso cuarto del artículo 5º del Código Orgánico de Tribunales, se rigen por las mismas leyes que los establecen y reglamentan, pero que quedan sujetos a las disposiciones generales de dicho Código.

Por su parte, de acuerdo con lo señalado por el Fiscal Económico, Pedro Mattar en el segundo “*Día de la Competencia*” de 2004, el TDLC es un tribunal especial, colegiado, similar a una sala de la ltma. Corte de Apelaciones, dedicado exclusivamente a materias de competencia; cuya función consiste en prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia y que está sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema.³³

³⁰ Fiscalía Nacional Económica, Texto Cit., Pág.16, 2003.

³¹ Cámara de Diputados; Texto Cit., Pág. 8.

³² Diario de sesiones del Senado; *Ibid.*

³³ Fiscalía Nacional Económica; *Sistema y Organismos de Defensa de la Libre Competencia*, 2004, Pág. 11.

En cuanto a su condición de órgano independiente, el nuevo artículo 2º señala: “Corresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados.”

El hecho que esta última norma enuncie ambos órganos como los encargados de resguardar la libre competencia en los mercados, debe ser entendido (tal como lo indica el precepto) en el sentido que cada uno lo hará en la esfera de sus propias atribuciones; es decir, el TDLC es el llamado a ejercer la labor jurisdiccional, esto es, conocer y resolver las cuestiones relativas a la competencia; y por su parte, la FNE es quien va a investigar y representar el interés general de la colectividad ante el Tribunal de la Competencia; pero cada uno lo hace de manera independiente, especialmente en lo que se refiere al Tribunal, ya que anteriormente las Comisiones funcionaban con los recursos y personal de la FNE.

Es por esto que el Mensaje del proyecto contempla como parte del contenido fundamental del mismo, la separación de funciones entre el Tribunal y la Fiscalía; ya que el anterior Decreto Ley N° 211 señalaba sin distinción que los organismos encargados de prevenir, investigar, corregir y reprimir los atentados a la libre competencia o de los abusos de posiciones monopólicas, eran las Comisiones y la Fiscalía Nacional Económica, pero según el espíritu de la ley y de otras disposiciones, se debía entender que cada una cumplía funciones distintas. Así, mientras la FNE era la encargada de investigar y actuar como parte; tal como lo hace actualmente; por otro lado las Comisiones, y en especial la Comisión Resolutiva, eran entes imparciales que resolvían los asuntos sometidos a sus consideraciones.

Pero debido a que la Fiscalía asistía técnicamente a las Comisiones, esta separación se no se daba en la práctica, y es por esto mismo que la Ley N° 19.911 refuerza la idea de separación de funciones dotando al Tribunal de personal y presupuestos propios, distintos de los asignados a la FNE, de manera que el TDLC sea autónomo en su gestión y cuente con una planta propia de funcionarios que le sirven como apoyo técnico y administrativo.

A propósito del carácter de independiente del TDLC, el Mensaje también destaca dentro del contenido fundamental del proyecto el avance en una mayor independencia del Tribunal frente al Poder Ejecutivo, estableciéndose la incompatibilidad entre la condición de integrante del Tribunal y funcionario público; así como un mecanismo de destitución de los miembros basado en criterios objetivos.

Por su parte, uno de los actuales ministros del TDLC, el Ministro Radoslav Depolo destacó en el seminario del “*Día de la Competencia*” efectuado el 01 de julio de 2005 en Valparaíso, que el TDLC también es independiente respecto del caso, ya que la Ley N° 19.911 eliminó la facultad con que contaba la antigua Comisión Revisora de actuar de oficio, de manera tal que el Tribunal no tiene injerencia en las materias que deberá juzgar. Asimismo subrayó que es independiente en relación con las partes, y es por esto que a los integrantes del Tribunal se les puede inhabilitar en caso que tengan interés en alguna causa.

También hizo referencia a la independencia del TDLC con respecto al Poder Ejecutivo, en virtud del nuevo sistema de designación de sus miembros a través de un concurso público que tiene un fuerte componente técnico; concurso que debe cumplir con condiciones de objetividad, publicidad, transparencia y no discriminación; aunque no dejó de mencionar el cuestionamiento a la importante participación que tiene el Presidente de la República en la elección de los Ministros, ya que es él quién designa a tres de los cuatro integrantes del Tribunal a partir de nóminas que le propone el Consejo del Banco Central, lo que en opinión de algunos lo transforma en un concurso más bien político.

Otras características del Tribunal, según el Ministro Depolo, son su independencia respecto a la FNE, que pasa a ser una parte más en el ámbito procesal; y su carácter autónomo al contar con un presupuesto propio, tal como se establece en el actual artículo 17 del Decreto Ley N° 211.

2. COMPETENCIA

El abogado Carlos Concha, en su informe en derecho ya citado antes, señaló que tratándose de la competencia territorial de los antiguos organismos de la libre competencia, la anterior ley era clara en cuanto a que la ley de libre competencia era aplicable a toda conducta, cualquiera que fuera el lugar en que ésta se ejecutara y siempre que tuviera efectos en la libre competencia del país. Para él esto se desprendía del artículo 1° del anterior Decreto Ley N° 211, el cual expresaba: “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior será penado...”

A su parecer la ley anterior seguía así la tendencia legislativa y doctrinal que predominaba entonces y según la cual era internacionalmente competente para conocer de una infracción a la libre competencia el país donde se producían los efectos de la conducta.

En cambio, la Ley N° 19.911, al modificar el artículo 1° habría alterado esta situación, lo que según él no sería conveniente debido a que la anterior figura permitía que un Tribunal de la Competencia (él da como ejemplo el de la Unión Europea) se pronunciara sobre una conducta considerada legal en el país donde ésta se hubiera ejecutado; refiriéndose a lo que habría ocurrido en casos de fusiones y adquisiciones de empresas ocurridas en Estados Unidos de América y que también tuvieron efectos en otros países (en el caso de su ejemplo, en la Unión Europea).

El abogado Concha señala que en nuestro país también se hizo aplicación de este criterio, en base al anterior artículo 1° del Decreto Ley N° 211, dejándose sin efecto adquisiciones realizadas en el exterior y que tuvieron efectos en Chile.

Carlos Concha opina que debido a la creciente globalización de la actividad económica y a la existencia de las empresas transnacionales, es necesaria la existencia de reglas procesales internacionales sobre la jurisdicción y

competencia en materia de la libre competencia, la investigación de conductas realizadas en el exterior, el reconocimiento internacional de fallos en materia de libre competencia y también sobre la posible creación de TDLC con jurisdicción internacional; todo esto más allá de las reglas previstas por la Organización Mundial de Comercio.

Por su parte, en el *Informe de las Comisiones Unidas* de la Cámara de Diputados, el abogado Domingo Valdés expresó que el Tribunal de la Competencia es un órgano dotado de facultades jurisdiccionales, pero que tiene la peculiaridad que su competencia es especial, y que los conflictos que debe resolver son siempre de orden público; y es por esto que la Fiscalía Nacional Económica es la que debe realizar las acusaciones³⁴; haciendo así referencia a la eliminación de la facultad con que contaban las antiguas Comisiones Preventivas y Revisora de actuar de oficio.³⁵

Finalmente tenemos al ya mencionado artículo 2º del actual Decreto Ley N° 211, que entrega al TDLC y a la FNE, cada uno en la esfera de sus atribuciones, la función de dar aplicación a la ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados; y al actual artículo 5º que describe al TDLC como un órgano jurisdiccional, especial e independiente, y cuya función es prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia.

3.1. INTEGRACIÓN, DESIGNACIÓN Y NOMBRAMIENTO.

Tal como hemos señalado anteriormente, el Mensaje identifica como objetivos del proyecto, crear las condiciones necesarias para que los integrantes del TDLC cuenten con los requisitos de excelencia profesional y alta dedicación, bajo un esquema de separación de funciones e independencia; y para lograr estos objetivos, entre otros aspectos, se modificó la forma de elección de los integrantes, que actualmente se realiza a través de un concurso público como una manera de asegurar que se nombren a personas que cuenten con los requisitos ya mencionados.³⁶

De acuerdo con el actual artículo 6º, el TDLC estará integrado por:

- Un abogado, que actuará como su presidente, y que es designado por el Presidente de la República de una nómina de cinco postulantes; lista confeccionada por la Corte Suprema, mediante un concurso público de antecedentes en el cual sólo podrán participar quienes cuenten con una destacada actividad profesional o académica especializada en materias de libre competencia o en Derecho Comercial o Económico, y que acrediten a lo menos diez años de ejercicio profesional.
- Cuatro profesionales universitarios expertos en materias de libre competencia, dos de los cuales también deberán ser abogados y dos licenciados o con post grados en ciencias económicas. Dos de estos

³⁴ Cámara de Diputados; Texto Cit., Pág. 13.

³⁵ Artículos 8º, 11º y 17º del anterior Decreto Ley N° 211.

³⁶ Diario de sesiones del Senado; Texto Cit., Págs. 100 y 101.

integrantes, uno de cada área profesional, serán designados por el Consejo del Banco Central, nuevamente mediante un concurso público antecedentes. Según el Mensaje, “la combinación de especialidades de sus integrantes permite asegurar la solvencia técnica, legal y procedimental en el tratamiento de los temas sometidos a su conocimiento.”³⁷

Además de estos cinco miembros titulares, el Tribunal contará con cuatro integrantes suplentes; dos de los cuales deben ser abogados y dos licenciados o con post grados en ciencias económicas. Estos miembros suplentes también serán designados por el Presidente de la República y por el Consejo del Banco Central; eligiendo dos integrantes cada uno, y según el mismo procedimiento previsto para los miembros titulares, e incluso pueden considerarse las mismas nóminas y concursos utilizados para la elección de los titulares.

De acuerdo con este nuevo artículo 6º, los concursos deben basarse en condiciones de objetividad, publicidad, transparencia y no discriminación; condiciones que serán establecidas en un auto acordado de la Corte Suprema y un acuerdo del Consejo del Banco Central.³⁸

El abogado Axel Buchheister, en el *Informe de las Comisiones Unidas* de la Cámara de Diputados, crítica la participación del Consejo del Banco Central en la integración de los miembros del Tribunal, debido a que puede significar una desnaturalización de sus funciones de manejo de la política económica, además de tratarse de un órgano esencialmente técnico. En cambio se mostró partidario de aplicar la lógica constitucional, que establece un sistema mixto que permite la participación de distintas autoridades y poderes que aseguran el necesario contrapeso y equilibrio en los nombramientos.³⁹

En caso de ausencia o impedimento del Presidente, el TDLC sesiona bajo la presidencia de uno de los otros miembros titulares, según el orden de precedencia que establezca el Tribunal en un Auto Acordado. De la misma manera se determinará el orden en que los integrantes suplentes van a reemplazar a los titulares.

Este Auto Acordado es el N° 1º de 2004, según el cual los Ministros suplentes reemplazarán a los titulares de su misma área profesional, en el orden que corresponda de acuerdo a turno rotativo, que será independiente de quién sea el ministro titular que se reemplaza, y que comienza según un orden que este auto acordado enuncia, de acuerdo con los actuales integrantes del Tribunal. Los Ministros suplentes serán citados por el Secretario del Tribunal en el caso de ausencia de algún Ministro titular.

El Auto Acordado continúa estableciendo que en el caso de impedimento o ausencia del Presidente del Tribunal, éste sesionará bajo la presidencia del Ministro titular que corresponda de acuerdo al orden alfabético establecido en el decreto de nombramiento, en turnos rotativos de seis meses cada uno; luego señala cuál es este orden, según el apellido de los ministros titulares actuales.

³⁷ Diario de sesiones del Senado; Texto Cit., Pág. 104.

³⁸ El Acuerdo del Consejo del Banco Central es el N° 1113-01-040210; referente a la “convocatoria y bases de postulación aplicables a los concursos públicos de antecedentes que debe realizar el Banco Central para la proposición y designación de los integrantes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.”, 10 de febrero de 2004.

³⁹ Cámara de Diputados; Texto Cit., Pág. 14.

Por último, señala que para todos los efectos previstos en la ley, el TDLC sesionará en sala legalmente constituida, conformada por sus Ministros titulares y por aquellos Ministros suplentes que por aplicación del orden de precedencia ya señalado, sean llamados a suplir al respectivo Ministro titular ausente o inhabilitado. La integración del Tribunal será establecida, para cada ausencia, a través un acta de instalación que será firmada por el Presidente y por el Secretario Abogado y que se exhibirá al público en lugar destacado. El Tribunal así instalado conocerá y despachará los asuntos que figuren en la Tabla y en la Cuenta de la respectiva sesión, así como las materias de orden interno que fueran del caso.⁴⁰

Esta misma idea expresa el actual artículo 11, inciso 4º del Decreto Ley N° 211.

En cuanto a la subrogación, el inciso penúltimo del mismo artículo 11, establece que si por cualquier impedimento el TDLC careciere de integrantes titulares o suplentes para formar quórum, se debe proceder a la subrogación por los Ministros de la Corte de Apelaciones, de acuerdo a lo estipulado en el Código Orgánico de Tribunales.

En cuanto al nombramiento de los integrantes del TDLC, éste lo efectúa el Presidente de la República, mediante un Decreto Supremo del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción y suscrito también por el Ministro de Hacienda.

Al respecto el abogado Carlos Concha⁴¹ hizo ver que los objetivos enunciados por el Mensaje no se estarían cumpliendo, debido a que esta forma de nombramiento sería una "designación como un resorte del Poder Ejecutivo", por lo que propuso su eliminación, o bien que en caso de mantenerse, los decretos fueran firmados por el Ministerio de Justicia, atendido a que el TDLC está sujeto a la dependencia de la Corte Suprema y "que por lo tanto forma parte del poder judicial."

Por último, el inciso penúltimo del nuevo artículo 6º del Decreto Ley N° 211, establece la incompatibilidad del cargo de integrante titular del Tribunal con la condición de funcionario público; y la de administrador, gerente o trabajador dependiente de sociedades anónimas abiertas o sometidas a las reglas de estas sociedades, como también de sus matrices, filiales, coligantes o coligadas. Se establece que en el caso de personas que al momento de su nombramiento ostenten cualquiera de estas condiciones, deberán renunciar a ellas. Esta incompatibilidad no es aplicable a los integrantes suplentes. En cambio sí se permite que los integrantes del Tribunal se desempeñen como docentes.

El Consejo del Banco Central, en su Acuerdo N° 1113-01-040210, agregó que los postulantes, tanto a los cargos de titulares como suplentes, deben cumplir con las condiciones y requisitos generales que establece la Constitución y las leyes para el ejercicio de funciones o cargos públicos, y que no pueden encontrarse inhabilitados o incapacitados legalmente para ejercerlos, ni tampoco suspendidos o privados del ejercicio profesional

⁴⁰ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; Auto acordado N° 1º de 2004.

⁴¹ Concha, Carlos; *Op.Cit.*, Pág. 53.

correspondiente al cargo de miembro de este Tribunal, todo esto de acuerdo a los artículos 13 y 19 N° 17 de la Constitución Política, y los artículos 38 y siguientes del Código Penal.⁴²

3.2. PERMANENCIA EN EL CARGO.

De acuerdo con el actual artículo 7° inciso 2°, tanto los integrantes tutelares como suplentes permanecerán en sus cargos por seis años, pudiendo ser designados por nuevos períodos sucesivos según el mismo procedimiento de nombramiento ya visto. Además se establece un procedimiento de renovación parcial cada dos años.

Según el Acuerdo N° 1113-01-040210 del Consejo del Banco Central, ya reseñado anteriormente, las designaciones que se efectúen para la instalación inicial del Tribunal tendrán la duración que indique el Presidente de la República en el primer Decreto Supremo de nombramiento, correspondiendo un período de seis años al Presidente del Tribunal; cuatro años a un titular abogado y a un titular economista, y dos años a los restantes titulares. En el caso de los suplentes designados, el Presidente de la República determinará, en la misma forma, los suplentes abogados y economistas que durarán cuatro o dos años en sus cargos, respectivamente; todo esto en conformidad al artículo 9° del Decreto Ley N° 211 y a la Disposición Cuarta Transitoria de la Ley N° 19.911.⁴³

Dentro de las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.911 y que destaca el Mensaje del proyecto, está que para lograr una mayor independencia del Tribunal frente al Poder Ejecutivo, por un parte se establece la incompatibilidad entre la condición de integrante del Tribunal y la de funcionario público, modificación ya mencionada en este trabajo; pero además se fija un procedimiento de destitución que se basado en condiciones objetivas.

Es así que el nuevo artículo 12 del Decreto Ley N° 211 establece que los miembros del Tribunal cesarán en sus cargos por determinadas causales, como son:

- 1ª El término del período legal de su designación;
- 2ª La renuncia voluntaria;
- 3ª La destitución por notable abandono de deberes; y
- 4ª La incapacidad sobreviviente.

De acuerdo con el mismo Decreto Ley N° 211, la incapacidad sobreviviente es la que impide al integrante ejercer el cargo por un período de tres meses consecutivos o de seis meses en un año.

Las causales 3ª y 4ª las hará efectivas la Corte Suprema, a petición del Presidente del Tribunal o de dos de sus miembros, esto sin perjuicio de las facultades disciplinarias de la Corte Suprema.

⁴² Consejo del Banco Central; Acuerdo Cit., Pág. 5.

⁴³ Consejo del Banco Central; Acuerdo Cit., Pág. 4. La referencia al artículo 9°, debe entenderse hecha al artículo 6°, de acuerdo con el Decreto con Fuerza de Ley N° 1°, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto Ley N° 211.

Además, la resolución que haga efectiva la destitución debe señalar los hechos en que se funda y los antecedentes que se tuvieron a la vista para acreditarlos.

Ahora bien, si al momento de producirse la cesación en el cargo, el tiempo que le restaba por cumplir al integrante fuera superior a ciento ochenta días, deberá procederse al nombramiento del reemplazante de conformidad a las reglas establecidas en el mencionado artículo 6º del Decreto Ley.

En el caso de las causales 2ª, 3ª y 4ª, el reemplazante durará el tiempo que restare del respectivo período.

4.1. REMUNERACIÓN, SEDE Y DEDICACIÓN.

Dentro de las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.911 y que ya se ha mencionado anteriormente, encontramos que a diferencia de lo que ocurría antes con los miembros de las antiguas Comisiones, los integrantes del TDLC son remunerados. Reciben una remuneración mensual fija de ochenta unidades tributarias mensuales; junto con una dieta mensual de diez unidades tributarias mensuales por cada sesión a la que asistan; teniendo como suma límite la de ciento veinte unidades tributarias mensuales.

En el caso de los integrantes suplentes, reciben diez unidades tributarias mensuales por cada sesión a la que asistan en reemplazo del integrante titular respectivo, teniendo como suma límite la de cuarenta unidades tributarias mensuales, sin importar el número de sesiones a las que concurren.

Según señalaron María de la Luz Romper y Axel Buchheister en su informe económico *Tribunal de la Competencia: Modificaciones a la Institucionalidad Antimonopolio*, la idea de establecer una remuneración para los miembros del Tribunal sería un avance en la materia, pero la suma sería desproporcionada en comparación con los sueldos que perciben otros miembros del Poder Judicial, especialmente si se tiene en cuenta que se trata de una labor con dedicación parcial. Agregan que en el caso de los ministros de la Corte Suprema no existe la posibilidad de un sueldo adicional por sesión a la que asistan.

Al respecto, podemos consignar que al momento de discutirse esta norma en la Cámara de Diputados, los representantes del Ejecutivo señalaron que para contar con los profesionales más idóneos no se podían fijar remuneraciones bajas, y al proponer estos montos se tuvo en consideración precisamente las del Poder Judicial y las de la Fiscalía Nacional Económica.⁴⁴ Respecto a la sede del Tribunal de la Competencia, éste sesionará en la ciudad de Santiago.

Por último, respecto a la dedicación de los integrantes del Tribunal, en el Mensaje del proyecto, se atribuyen las imperfecciones del sistema anterior a su diseño, debido a que éste se estructuró en base a una dedicación parcial, de manera que sus fallas no podían atribuirse a los integrantes de las Comisiones, quienes por el contrario prestaron un labor considerable atendiendo al hecho

⁴⁴ Cámara de Diputados, texto Cit., Pág. 28.

que no eran remunerados, situación que fue modificada; y conjuntamente la Ley N° 19.911 estableció “el compromiso de una dedicación sustantiva” al Tribunal.⁴⁵ Esta dedicación sustantiva se traduce en que el TDLC funciona en forma permanente, fijando el Tribunal los días y horarios en que sesionará; estableciéndose por ley un mínimo de dos sesiones por semana.

Según la opinión entregada por el abogado Jorge Streeter en el *Informe de las Comisiones Unidas*, este funcionamiento permanente contribuye a resolver el problema de la lentitud del procedimiento, que se derivaba del hecho que la Comisión Resolutiva se reunía sólo una tarde a la semana.⁴⁶

En contraste, en el reporte “*Política y ley de competencia en Chile. Exámen Inter-Pares*”, del Banco Interamericano de Desarrollo y de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, se hace notar que si bien se avanzó en cuanto a la dedicación que actualmente brindan los integrantes, ya que colectivamente los miembros del Tribunal dedican aproximadamente el doble del tiempo total que el que dedicaban todos los demás miembros de las Comisiones anteriores combinadas; “dictar fallos más completos y con mayor agilidad exige más tiempo y recursos”, y es por esto que si bien los recursos aumentaron, “hay desde ya motivos suficientes para pensar que pronto se necesitarán en mayor medida aún.”⁴⁷

4.2. QUÓRUM Y SUBROGACIÓN.

El actual artículo 9° inciso 2° establece que el quórum para sesionar será de a lo menos tres miembros, los acuerdos se adoptarán por simple mayoría y en caso de empate dirime el voto de quién presida el Tribunal. Para lo demás hace aplicable lo dispuesto en el Párrafo 2° del Título V del Código Orgánico de Tribunales, es decir, las normas de los acuerdos de la Corte de Apelaciones, en cuanto sean aplicables.

Con respecto a este quórum, en el *Informe de las Comisiones Unidas* de la Cámara de Diputados, Tomás Menchaca, actual Ministro del Tribunal, expresó que se debió aumentar a cuatro el quórum que se exige para sesionar, debido a que el Tribunal cuenta con integrantes suplentes.

Por su parte, el inciso penúltimo del actual artículo 11° señala que si por cualquier impedimento el Tribunal careciere de integrantes titulares o suplentes para formar quórum, se procederá a su subrogación por ministros de la Illtma. Corte de Apelaciones de Santiago, de acuerdo a lo dispuesto en el Código Orgánico de Tribunales.

5. ATRIBUCIONES Y DEBERES.

⁴⁵ Diario de sesiones del Senado; Texto Cit., Pág. 101.

⁴⁶ Cámara de Diputados, Texto Cit., Pág. 11.

⁴⁷ Banco Interamericano de Desarrollo y Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos; *Op.Cit.*, Pág. 68.

Respecto a las principales atribuciones y deberes de los integrantes del Tribunal, el actual artículo 18º señala que “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

1) Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley;

2) Conocer, a solicitud de quién tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes, así como aquellos que le presenten quienes se propongan ejecutarlos o celebrarlos, para lo cual, en ambos casos, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en dichos hechos, actos o contratos;

3) Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella;

4) Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas; y

5) Las demás que le señalen las leyes.”

Es decir que “el Tribunal mantiene prácticamente todas las atribuciones actuales de la Comisión Resolutiva y además adquiere la condición de órgano consultivo que hoy tienen (tenían) las Comisiones Preventivas.”⁴⁸

Por su parte, en la publicación entregada en el segundo “*Día de la Competencia*”, la Fiscalía Nacional Económica agregó las siguientes atribuciones:

1. Prevenir la comisión de atentados a la libre competencia.

2. Promover y defender la libre competencia en los mercados.

3. Ciertas leyes especiales otorgan al Tribunal facultades específicas, en determinadas materias, como en los servicios de telecomunicaciones, sanitarios, y medios de comunicación social, entre otros.⁴⁹

A propósito de la potestad de absolver consultas, encontramos una serie de opiniones al respecto en el *Informe de las Comisiones Unidas* de la Cámara de Diputados recaído en el proyecto de ley.

Así, tenemos que el abogado Jorge Streeter critica al sistema chileno anterior por la inadecuada mezcla de facultades que contiene la ley, por lo que sugiere que un tribunal sea el que resuelva los conflictos entre las partes y que una policía administrativa sea la que investigue las eventuales infracciones; tal como ocurre hoy día en el nuevo sistema. Pero estima que para dar certeza jurídica a los administrados, debería ser el servicio administrativo el que

⁴⁸ Diario de sesiones del Senado; Texto Cit., Pág. 104.

⁴⁹ Fiscalía Nacional Económica; Texto Cit., Pág. 13, 2004.

respondiera a las consultas que pudieran surgir sobre la interpretación y aplicación de la ley a situaciones específicas.⁵⁰

En su documento de trabajo realizado para el seminario *Modificaciones de la Ley de Defensa de la Competencia*, Jorge Streeter ahonda un poco más en este tema al analizar que ocurriría si se eliminaba la Comisión Resolutiva, quién “heredaría” sus atribuciones. Es así que destaca como la principal de sus funciones la de absolver consultas, a través de la emisión de dictámenes o informes, y en su opinión, siendo una función fundamentalmente administrativa, lo más conveniente era que se mantuviera en ese ámbito, tal como ocurre en la Unión Europea y Estados Unidos de América, de manera que esa potestad debía radicarse en un departamento especializado de la FNE.

En el mismo *Informe de las Comisiones Unidas*, el actual Ministro del Tribunal, Tomás Menchaca, se mostró partidario de mantener el mecanismo de consulta pero radicado en un órgano distinto al que resolviera las contiendas; de esta manera, él propone la mantención de la Comisión Preventiva Central en primera instancia, correspondiéndole la segunda instancia al Tribunal como ente especializado, y a la Corte Suprema el conocimiento de la ilegalidad o casación.⁵¹

En una posición parecida encontramos al abogado Domingo Valdés, quien manifestó que la facultad de absolver consultas es de todos modos necesaria, como una manera de dar certeza jurídica; facultad que debería otorgarse a un órgano distinto e inferior al tribunal, que para él, en lo posible, debería tratarse de la Comisión Preventiva, contando con un régimen de recursos que garantizaran la defensa frente a dictámenes u opiniones que pudieran lesionar intereses legítimos.⁵²

Por su parte, Axel Buchheister opinó que esta facultad no afecta la constitucionalidad y así es que en el caso de los tribunales civiles, éstos pueden pronunciarse sobre cuestiones no contenciosas, lo que se justificaría más aún respecto del TDLC si se tiene presente que en materias de libre competencia esta función preventiva resulta fundamental para dar seguridad a los agentes económicos que pretenden llevar adelante alguna negociación.

Pero en su opinión se produciría una superposición de facultades, que debe evitarse entregando la facultad preventiva a otro órgano, debido a la necesidad de separarla de la función jurisdiccional; por lo que estimó que esta facultad debía ser entregada a la FNE, basándose en que este órgano debe velar por los intereses colectivos. Para esto sería necesario dotar de independencia al Fiscal, de manera que su nombramiento se hiciera por el Presidente de la República en base a una quina propuesta por un organismo colegiado y con el acuerdo del Senado. De lo contrario, propuso que se estableciera la posibilidad de recurrir de apelación ante la Corte Suprema de las consultas, para cumplir con el principio de la doble instancia.⁵³

⁵⁰ Cámara de Diputados; Texto Cit., Pág. 11.

⁵¹ Cámara de Diputados; Texto Cit., Pág. 12.

⁵² Cámara de Diputados; Texto Cit., Pág. 13.

⁵³ Cámara de Diputados; Texto Cit., Págs. 14 y 15.

Finalmente, el también Ministro del Tribunal, Pablo Serra, también destacó la importancia de esta potestad, debido a que los conceptos que contempla la ley son muy amplios, por lo que resulta difícil para un particular determinar, antes de emprenderlas, que conductas son atentatorias a la competencia. Basándose en su experiencia, afirma que la absolución de consultas crea un clima de certeza jurídica, “constituyendo un importante aporte en la orientación de los agentes económicos y en la reordenación de los mercados”. Junto con reiterar lo fundamental de esta potestad, señala la necesidad de contar con la posibilidad de apelar de las resoluciones del TDLC, tal como ocurría antes con las resoluciones de las Comisiones Preventivas, de las que se podía recurrir ante la Comisión Resolutiva.⁵⁴

La opinión que se acoge en este trabajo, por parecer más adecuada y práctica, atendiendo al hecho puntual que las antiguas Comisiones ya fueron eliminadas, es la proposición del abogado Jorge Streeter; esto es que la función de absolver consultas la realice la FNE, a través de un departamento especializado; de manera que la función principal del Tribunal sea resolver las controversias entre las partes. Esto parece ser conveniente atendiendo a que la FNE tiene la titularidad para solicitar al Tribunal que conozca de las infracciones a la competencia, de manera que si como resultado de la absolución de una consulta se considerara necesario el ejercicio de dicha acción, pueda hacerlo así.

Respecto a la facultad de dictar instrucciones generales, ésta es bastante cuestionada. Así por ejemplo, el abogado Claudio Undurraga, en su informe en derecho ya citado antes, destaca que el TDLC no tiene limitaciones respecto a las materias o actividades sobre las cuales puedan recaer estas instrucciones, por lo que en su opinión el Tribunal tendría el carácter de “un Super Regulador” en toda clase de asuntos. Además destaca el hecho que estas instrucciones sólo recaigan en actos o contratos de particulares y que no alcancen a los actos del sector público o a las empresas del sector público. El abogado Undurraga menciona las ocasiones en que la Comisión Resolutiva debió intervenir, principalmente, en casos de licitaciones llamadas por los organismos del sector público y municipal, para la celebración de contratos o el otorgamiento de concesiones; debido que a través de estos actos o contratos también puede atentarse contra la competencia, razón por la cual él recomendó que estas instrucciones también pudieran alcanzar a los actos o contratos públicos, haciendo mención la Ley a “los agentes económicos públicos o privados” en general.⁵⁵

Por su parte, María de la Luz Romper y Axel Buchheister opinaron que esta facultad sería inconstitucional, “...por cuanto, la Constitución señala que las actividades económicas sólo pueden ser reguladas por ley.”⁵⁶

Axel Buchheister ahonda un poco más en este tema en *el Informe de las Comisiones Unidas*, donde reitera su parecer en cuanto a que esta facultad es

⁵⁴ Cámara de Diputados; Texto Cit., Pág. 15.

⁵⁵ Undurraga, Claudio; *Op. Cit.*, Págs. 14 y 15.

⁵⁶ Buchheister, Axel; Domper, María de la Luz; *Op.Cit.*, Pág. 4.

inconstitucional, basado en el fundamento ya mencionado; agregando que el TDLC sólo puede resolver contiendas entre partes y sus fallos tienen un efecto relativo, por lo tanto “no pueden dictar resoluciones”.⁵⁷ Para él la solución se encuentra en establecer que en los casos que el Tribunal resolviera un asunto que tuviera efectos generales, pudiera disponer que la resolución no sólo fuera obligatoria para las partes, sino también para todos los que se encontraran en la misma situación.⁵⁸

En una posición similar y en el mismo *Informe*, el abogado Domingo Valdés califica esta facultad como “...una rareza jurídica consistente en la emisión de reglamentos, es decir, normas de carácter general ubicadas bajo la ley, pero que contenía una limitación impropia toda vez que de acuerdo al proyecto afectaría solamente a los particulares, siendo no sólo éstos competidores...” En su opinión no sólo deberían comprenderse actos y contratos, ya que la mayoría de los atentados a la competencia se cometen a través de hechos.

El abogado Valdés estimó que dotar al Tribunal de esta facultad presentaría el riesgo que se impusiera una restricción o gravamen a las partes de un caso determinado, restricción que no sería extensible a otros competidores, o bien que se gravara en particular a un competidor de un determinado mercado con una desventaja que no se extendiera a los otros, lo que constituiría “un factor de inequidad”.

Por esto él propone ciertas limitaciones; una limitación subjetiva de afectar a todos los competidores, una limitación objetiva de alcanzar a los hechos, que se ejerza sólo respecto de causas que el tribunal esté conociendo y con el afán de preservar la igualdad de trato.⁵⁹

Pero también encontramos autores que justifican esta facultad, como el abogado Jorge Streeter, quien en su documento de trabajo ya citado hace un análisis sobre el uso de esta facultad por parte de la Comisión Resolutiva, que a su parecer prefirió no utilizar, aunque sí se incorporaron instrucciones de carácter particular en algunas de sus decisiones.

El abogado Streeter contrasta esta situación con lo que ocurre en la Unión Europea, en donde su principal órgano administrativo, la Comisión, a través de su directorio especializado en competencia ha dictado gran cantidad de instrucciones de carácter general. Luego hace una reseña sobre lo realizado por la Comisión de la Unión Europea, para la definición del mercado de referencia en la normativa comunitaria en materia de competencia, y que se hizo pública a fines del año 1997. Así, la propia Comisión señaló que el objetivo de su comunicación era orientar sobre la forma en que ella aplicaba los conceptos de mercado de productos de referencia y mercado geográfico de referencia, cuando aplicaba la normativa comunitaria de competencia.

Él destaca que “no se trata de instrucciones generales de carácter obligatorio, sino de generar un grado razonable de certidumbre en los destinatarios de las normas, en el sentido de que cuando el órgano administrativo competente aplica la ley lo hace teniendo presente, en este caso

⁵⁷ En el entendido que quiso decir “instrucciones”.

⁵⁸ Cámara de Diputados; Texto Cit., Pág. 14.

⁵⁹ Cámara de Diputados; Texto Cit., Pág. 13.

en lo que se refiere a la determinación del mercado relevante, ciertos elementos y criterios que, siendo conocidos por los sujetos económicos, éstos pueden incluir confiadamente al hacer sus previsiones.

Las instrucciones y las comunicaciones de carácter general presentan la indudable ventaja de que, mediante ellas, la autoridad administrativa hace ver a todas las personas la forma en que la propia autoridad procederá en el futuro, con lo cual hace previsible su conducta y, en virtud de la llamada doctrina de los actos propios, queda vedada, durante la vigencia de las instrucciones o comunicaciones de que se trate, de modificar su actuación en perjuicio de los administrados.”

Además menciona lo que ocurre en Estados Unidos de América, con su división Antimonopolios del Departamento de Justicia, el cual también hace regularmente declaraciones y emite comunicaciones que sirven como una guía para las personas con problemas vinculados a la competencia. Termina con la siguiente frase: “Es difícil exagerar la importancia que tiene, para los administrados, el buen ejercicio de la facultad de emitir instrucciones generales y hacer comunicaciones en los términos que han quedado reseñados. La seguridad jurídica de los sujetos económicos se incrementa si esa facultad se ejerce con mayor amplitud y en mejor forma.”⁶⁰

En el mismo *Informe de las Comisiones Unidas*, encontramos en una posición similar al actual Ministro del Tribunal, Pablo Serra, quién indica que de acuerdo a su experiencia esta facultad fue ejercida con prudencia por la Comisión Resolutiva, razón que lo lleva a recomendar su mantención, en especial si se tiene en cuenta lo amplio de las disposiciones legales.⁶¹

Por último, tenemos que al momento de discutirse esta norma en la Cámara de Diputados, el entonces Fiscal Nacional Económico, Pedro Mattar, justificó esta potestad basándose en el hecho que “esta facultad la tienen organismos incluso de rango inferior a un tribunal. La clave es que estas instrucciones se deben hacer en conformidad a la ley.”⁶²

Finalizando con el tema de los deberes del Tribunal, el actual artículo 11^o en su inciso final, hace aplicables ciertas obligaciones legales específicas que dicen relación con la conducta y desempeño de sus integrantes, haciéndoles aplicables los artículos 319 a 331 del Código Orgánico de Tribunales, con excepción del artículo 322.

Estos deberes consisten, en general, en el deber de despachar los asuntos sometidos a su conocimiento en los plazos legales o con la brevedad que su ministerio les permita; abstenerse de expresar juicios u opiniones sobre negocios que deban fallar; observar las normas sobre adquisición de cosas o derechos que se litiguen en los juicios que conozcan; prestar declaración jurada de intereses dentro de los treinta días siguientes a asumir sus cargos; junto con otras prohibiciones y exigencias especiales destinadas a asegurar la independencia personal y el debido desempeño de los miembros del Tribunal,

⁶⁰ Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brunner y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; *Op. Cit.*, Págs. 58 y 59.

⁶¹ Cámara de Diputados; Texto Cit., Pág. 15.

⁶² Cámara de Diputados; Texto Cit., Pág. 32.

en base a los cuales se consideran sanciones y responsabilidades de orden penal y civil.

6. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO.

Vimos que dentro de las atribuciones y deberes del TDLC, el actual artículo 18º número 1º establece que éste va a conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley.

Por su parte, el actual artículo 19º establece que el conocimiento y fallo de las causas a que se refiere el número primero de dicho artículo, se someterá al procedimiento que se regula en los artículos siguientes.

De acuerdo con el Mensaje del proyecto, el procedimiento contemplado en el anterior artículo 18º no sufre mayores variaciones.

La Ley Nº 19.911 reguló de mejor manera ciertos aspectos, como el límite de treinta días para la ampliación del término probatorio; el cómputo del plazo para presentar la lista de testigos; la notificación por carta certificada; la facultad del Secretario-Abogado de recibir ciertas diligencias probatorias y el establecimiento de un plazo para que las partes presenten requerimiento o denuncia en los casos de medidas prejudiciales. Además, para resguardar los intereses de las partes que no tuvieren domicilio en la ciudad de Santiago, sede del Tribunal, se les faculta para presentar sus escritos en las Intendencias y Gobernaciones respectivas.

En cuanto a los recursos, se amplía el recurso de reclamación a todas las sentencias definitivas, sin distinción; y además se consagra el recurso de reposición en contra de la resolución que recibe la causa a prueba y las que decreten, alcen o modifiquen medidas precautorias.

Según lo señalado en la publicación preparada por la FNE para el “*Segundo Día de la Competencia*”, este procedimiento contencioso, en términos generales, se divide en las tres fases propias de una contienda judicial: la discusión, prueba y la decisión.

El objeto del procedimiento contencioso consistiría en que “el Tribunal de la Competencia determine si ciertos actos, contratos u operaciones son contrarios a las normas de defensa de la libre competencia contenidas en el Decreto Ley Nº 211” actual.

Continúa señalando que “desde esta perspectiva el procedimiento contencioso constituye propiamente un procedimiento contradictorio destinado a esclarecer conductas, a determinar sus efectos sobre el mercado, y a corregirlas, prevenirlas y, en su caso, sancionarlas.”⁶³

Por último, de acuerdo con el actual artículo 20º inciso 1º, este procedimiento es escrito, salvo la vista de la causa; y además público.

6.1. Iniciativa y Partes.

⁶³ Fiscalía Nacional Económica, Texto Cit., Pág. 13, 2004.

A propósito de las atribuciones y deberes, vimos que el Tribunal conoce de las infracciones a la competencia, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, por lo que ya no puede iniciar el procedimiento de oficio, tal como ocurría con las Comisiones Preventivas y Resolutiva.

Es así que el inciso 2º del nuevo artículo 20º establece que: “El procedimiento podrá iniciarse por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o por demanda de algún particular...”

Cuando el procedimiento contencioso se inicie por la demanda de un particular, en todo caso y por mandato legal, ésta deberá ser puesta inmediatamente en conocimiento de la FNE, con el objeto que se imponga de la acción deducida.

El Mensaje del proyecto justificó la eliminación de esta facultad de actuar de oficio, fundándose en que “en un sistema en el que están claramente delimitadas las funciones de quien ejerce las funciones jurisdiccionales y aquel que ejerce la representación del interés público, creemos que dicha facultad no debe otorgarse al tribunal llamado a resolver los litigios pues, de lo contrario se afecta su imparcialidad.”⁶⁴

El mismo argumento sostuvo el entonces Fiscal Económico, Pedro Mattar en el primer “*Día de la Competencia*” de 2003, al señalar que “dicha facultad no es propia de un sistema moderno, por cuanto tiende a restarle imparcialidad al órgano que debe resolver un asunto sometido a su consideración. En aquellos casos en que esté comprometido el interés público, deberá la Fiscalía Nacional Económica, de acuerdo con su función básica de representar el interés general de la colectividad, iniciar el requerimiento respectivo. Nuevamente el cambio propuesto sigue la línea de separar las funciones entre el órgano investigador (Fiscalía) y el órgano que resuelve la controversia (Tribunal).”⁶⁵

Asimismo y como ya se señaló anteriormente, el actual Ministro Radoslav Depolo, también justificó la eliminación de esta facultad basándose en el mismo argumento que de esta manera se asegura la independencia del Tribunal con respecto a los casos que le correspondan juzgar.⁶⁶

En la posición contraria encontramos al abogado Carlos Concha, quien en su informe en derecho postuló la necesidad de mantener la actuación de oficio y la realización de investigaciones de conductas contrarias a la libre competencia, y se muestra contrario con el traspaso de esta facultad a la FNE. Sus argumentos son los siguientes:

1º A su parecer, la experiencia demostró que en muchas ocasiones la FNE no tomó la iniciativa accionando frente a conductas anticompetitivas, cuando a su juicio, existían motivos fundados para ello. Él explica que las razones de esto se encontraban en la falta de tiempo de la FNE, en limitaciones de carácter político, y en que la Fiscalía tenía que impugnar actos administrativos y reglamentarios atentatorios a la libre competencia, emanados de “autoridades a las cuales es tributario, por motivos de diversa índole.”

⁶⁴ Diario de sesiones del Senado; Texto Cit., Págs. 104 y 105.

⁶⁵ Fiscalía Nacional Económica; Texto Cit., Pág. 18, 2003.

⁶⁶ Ministro Depolo, Radoslav; Seminario *Día de la Competencia*, 01 de julio de 2005, Valparaíso.

2º En ocasiones las investigaciones de la FNE fueron sesgadas, ya fuera para perseguir como infracciones situaciones que en su opinión evidentemente no lo eran, o para no perseguir conductas que sí lo ameritaban.

Por estas dos razones Carlos Concha estimó que el Tribunal debió conservar la facultad de conocer de oficio cualquier hecho o acto que pudiera constituir una conducta anticompetitiva, avocándose a su conocimiento y dictando el respectivo auto de cabeza de proceso, de acuerdo con los anteriores artículos 17 letra a) y 18 en su letra B del Decreto Ley N° 211; aún cuando el Tribunal ejerciera solo esporádicamente la facultad.

Además recomendó establecer en forma expresa que, para el caso que el Tribunal investigara de oficio, lo hiciera con todas las facultades legales, y también con las facultades que se confieren por la Ley N° 19.911 a la FNE.⁶⁷

Así también, el actual Ministro Tomás Menchaca, defendió la facultad del Tribunal de actuar de oficio, debido a que el Fiscal Nacional es un funcionario de la exclusiva confianza del Presidente de la República, por lo que consideró conveniente dotar al Tribunal de dicha prerrogativa.⁶⁸

En base a lo señalado inicialmente, el abogado Carlos Concha consigna que las partes en el procedimiento contencioso pueden ser tres:

- a) El inculpado.⁶⁹
- b) La Fiscalía Nacional Económica, que representa el interés general de la colectividad ante el Tribunal; y
- c) El denunciante o demandante particular.

El abogado Concha destaca que la figura del demandante particular constituye una novedad, en relación con lo que ocurría en el sistema anterior, ya que según el antiguo artículo 17 letra a), el proceso seguido ante la Comisión Resolutiva sólo podía iniciarse de oficio a través del llamado “auto de cabeza de proceso” mediante el cual la Comisión Resolutiva declaraba avocarse de oficio al conocimiento de un hecho o una materia denunciada; o bien, a requerimiento del Fiscal Nacional.

En cambio, en el sistema actual y debido a que se eliminó la facultad del Tribunal de actuar de oficio, como contrapartida se incorporó la posibilidad que cualquier persona u organismo accione ante el Tribunal. Carlos Concha destaca el avance que esto significa en materia de la competencia, al permitir que cualquier particular de propia iniciativa cause el ejercicio de las funciones jurisdiccionales del Tribunal, aportando antecedentes sobre infracciones a la libre competencia y por otra parte, defendiendo en su propio interés la libre competencia, lo que en su opinión puede aliviar la carga de trabajo de la FNE, y puede ser eficiente desde el punto de vista social, en el sentido que “tal actuar puede provocar externalidades positivas, ya que el actor incurre en los

⁶⁷ Concha, Carlos; *Op. Cit.*, Págs. 59 y 60.

⁶⁸ Cámara de Diputados; *Texto Cit.*, Pág. 12.

⁶⁹ Se consagraría su calidad de parte en el inciso 2º del actual artículo 20º al establecer que “Admitido el requerimiento o la demanda a tramitación, se conferirá traslado, a quienes afecte, para contestar dentro del plazo ...”

costos de la acción y la sociedad se beneficia del eventual resultado contralor de la competencia ejercido por particulares.”

Pero junto con destacar estas ventajas, el abogado Concha previno sobre algunas desventajas que según su experiencia pueden tener lugar, como son las frecuentes denuncias infundadas que hacen incurrir al inculpado en una serie de gastos y que pueden generar serios perjuicios patrimoniales; esto es lo que la doctrina llama el efecto “extorsión” de la acción particular.

Por esto, él propone la incorporación de una serie de reglas:

1º La condena en costas al denunciante, cuando su denuncia fuera desechada o se desistiera de ella.

2º La responsabilidad civil del denunciante. Junto con la condena en costas, propone establecer una regla que disponga que el denunciante o actor cuya denuncia o acción fuera rechazada, indemnice los perjuicios al inculpado que no fuera sancionado por el Tribunal. Él fundamenta esta regla, en la experiencia tanto nacional como internacional, que en materia de la competencia se utilizan las denuncias con fines políticos, demagógicos y a los procesos como una manera de impedir, restringir, retardar o entorpecer la libre competencia y actividades económicas del competidor;⁷⁰ por esta razón él propone que se incorpore una norma similar al artículo 45 inciso 3º de la Ley de Quiebras.

3º Multa a beneficio fiscal. Postula que se fije una multa a beneficio fiscal de un monto moderado que le permitiera al Fisco recuperar los costos y gastos en que tuviera que incurrir debido a una denuncia o acción finalmente desechada.

4º Tipificación penal por abuso del proceso como acto contrario a la libre competencia. Esta proposición la efectúa basándose en la misma razón ya señalada, de la utilización incorrecta de las acciones o denuncias.⁷¹

Por otra parte, también debe tenerse presente lo señalado por el abogado Arturo Yrarrázaval, en su documento de trabajo *Análisis crítico de la Ley de Competencia*, donde hace referencia al mecanismo de denuncia contemplado en el anterior artículo 8º, según el cual “cualquier persona” podía denunciar prácticas restrictivas o abusos de posición dominante ante las Comisiones Preventivas Regionales y la Comisión Preventiva Central; y no existía un procedimiento predeterminado por ley para la sustanciación de estas denuncias, procedimiento que según él, debido al carácter preventivo y no sancionador de las Comisiones Preventivas, no requería de las garantías propias de un proceso estricto. Así también se refiere a las denuncias que podían presentarse ante la Comisión Resolutiva, pero como el antiguo artículo 17º en su letra (a) señalaba que las causas eran conocidas por la Comisión “de oficio o a solicitud del Fiscal”, en la práctica se originaron numerosos problemas procesales. Este procedimiento de denuncia seguido ante la Comisión Resolutiva, en cambio, sí se encontraba reglamentado en el anterior artículo 18º.

⁷⁰ En el Capítulo I de este trabajo, a propósito de las conductas anticompetitivas, se hace referencia a lo que el profesor Ricardo Paredes denomina la depredación a través de los procesos jurídicos.

⁷¹ Concha, Carlos; *Op.Cit.*, Págs. 56 a 59.

Esta opinión concuerda con lo señalado en el reporte del Banco Interamericano de Desarrollo y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos sobre *La Política y Ley de Competencia en Chile. Exámen Inter-Pares*, según el cual “La función principal de la Comisión (se refiere a la Comisión Antimonopolio o “Comisión Resolutiva Antimonopolios”) es emitir fallos en causas promovidas ya sea por la Fiscalía o por denunciante particulares. (En las ocasiones en que es un denunciante privado quien promueve una causa, la Fiscalía puede decidir si hacerse o no parte del proceso, aunque la Comisión puede solicitar a la Fiscalía que emita un informe.)⁷²

La novedad estaría dada por el hecho que actualmente se trata de demandas y no de denuncias, por lo que ya no se trata de un simple denunciante, sino de un demandante particular que tal como se dijo, pasa a ser una parte del proceso, con los derechos y obligaciones que eso conlleva.

El abogado Yrarrázaval también se refiere a la utilización con fines políticos de las denuncias y a las denuncias irresponsables, por lo que también sugiere la condenación en costas en caso que una denuncia fuera desestimada en su totalidad o si la denuncia fuera considerada infundada o maliciosa, tal como Carlos Concha, pero además propone como condición de admisibilidad de la misma, que el denunciante proporcione antecedentes o fundamentos de la práctica restrictiva.⁷³

En la misma línea, encontramos a María de la Luz Romper y Axel Buchheister, quienes en su informe económico contemplan como materia pendiente la falta de costos para el denunciante, lo que se traduce en que no se inhiben las denuncias infundadas y también crearía una distorsión, como es incentivar que denuncias estrictamente judiciales lleguen a “la Comisión Antimonopolio” (hoy TDLC) como un problema de libre competencia, sin serlo, y esto sólo porque el sistema es más barato.

Por esto proponen revisar el mecanismo actual de denuncia para que sea el denunciante quién asuma el costo del juicio en caso que presente una denuncia injustificada o infundada.⁷⁴

Finalmente, de acuerdo con la parte final del inciso 1º del actual artículo 20º: “...Las partes deberán comparecer representadas en la forma prevista en el artículo 1º de la Ley N° 18.120, sobre comparecencia en juicio.”

6.2. El Impulso Procesal.

El actual artículo 20º, en su inciso 1º establece que el proceso será impulsado de oficio por el Tribunal hasta su resolución definitiva.

⁷² Banco Interamericano de Desarrollo y Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos; *Op.Cit.*, Pág. 31.

⁷³ Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brunner y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; *Op. Cit.*, Págs. 11 y 12.

⁷⁴ Buchheister, Axel; Domper, María de la Luz; *Op.Cit.*, Págs. 4 y 5.

Al respecto, el abogado Concha destaca que en varias ocasiones la Fiscalía y la Comisión Resolutiva dejaron paralizados procesos durante años, para reactivarlos con posterioridad.

Es por esto que él propuso que en el caso de procesos iniciados a petición de un denunciante o demandante particular, se estableciera el procedimiento de abandono en los mismos casos y con los mismos efectos que en el proceso civil. Y tratándose de procesos iniciados a requerimiento del Fiscal (o de oficio, de acuerdo con su proposición ya vista) que se establecieran el abandono del procedimiento, con los mismos requisitos que en el proceso civil, y el sobreseimiento temporal con los mismos requisitos que en el proceso penal, con la aclaración que el juicio se podrá reactivar de oficio o a petición del Fiscal o de parte interesada, si aparecieran nuevos antecedentes.⁷⁵

6.3. Notificación y Período de Discusión.

En materia de notificaciones, el actual artículo 21° estipula que la notificación del requerimiento o la demanda, junto con su respectiva resolución, será practicada personalmente por un ministro de fe, quien debe entregar copia íntegra de la resolución y de los antecedentes que la motiven, pudiendo disponer el Tribunal que se entregue sólo un extracto de estos documentos.

Respecto a las demás resoluciones, el inciso 2° del actual artículo 21° consagra su notificación mediante carta certificada, aunque esta misma disposición permite que las partes de común acuerdo fijen otros medios seguros para la práctica de las notificaciones, y en el caso que se trate de medios electrónicos, exige que la firma sea suscrita mediante la firma electrónica avanzada; exceptuándose la resolución que reciba la causa a prueba y la sentencia definitiva, las que siempre deben notificarse personalmente o por cédula.

Respecto al período de discusión, tal como se dijo anteriormente, el proceso contencioso puede iniciarse por requerimiento del Fiscal Económico o por demanda de algún particular, y en este último caso, la demanda debe ser puesta en conocimiento de la FNE de inmediato. El inciso 2° del actual artículo 20° establece que admitido el requerimiento o la demanda a tramitación, se conferirá traslado, a quienes afecte, para contestar dentro del plazo de quince días hábiles o el término mayor que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días.

Al comenzar a tratar el proceso contencioso se mencionó dentro de las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.911 este plazo de treinta días como límite a la potestad del Tribunal de ampliar el término probatorio.

Sobre este tema, el abogado Concha propuso que el Tribunal estuviera facultado para solicitar que las partes adicionaran más antecedentes, según el orden y plazo que el mismo Tribunal fijara, para el resguardo de la bilateralidad de la audiencia; esto, siempre que le pareciera necesario para un mejor conocimiento del asunto. Esta proposición se basó en el hecho que la

⁷⁵ Concha, Carlos; *Op. Cit.*, Págs. 60 y 61.

evacuación de sólo dos escritos resultaría insuficiente para la debida ilustración del Tribunal, lo que antiguamente se suplía con escritos de “Se tenga presente” que no forman parte de la cuestión controvertida.⁷⁶

6.4. Conciliación.

De acuerdo con el actual artículo 22º: “Vencido el plazo establecido en el artículo 20, sea que se hubiere evacuado o no el traslado por los interesados, el Tribunal podrá llamar a las partes a conciliación. De no considerarlo pertinente o habiendo fracasado dicho trámite, recibirá la causa a prueba...Acordada una conciliación, el Tribunal se pronunciará sobre ella dándole su aprobación, siempre que no atente contra la libre competencia. En contra de la resolución que apruebe una conciliación podrá deducirse, por personas admitidas a litigar que no hubieren sido parte en ella, el recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27.”

Respecto a este tema, el abogado Concha valoró la incorporación de la conciliación como una forma de término del juicio, ya que la iniciativa privada sirve de complementación a la actuación de oficio de la FNE, siempre que fuera aprobada por el TDLC en los casos que no se atentara contra la libre competencia, en atención a que en estos juicios no solo se discuten asuntos privados, sino también asuntos de orden público.⁷⁷ Esta misma observación efectuó el abogado Tomás Menchaca, actual Ministro del Tribunal, en el informe de las Comisiones Unidas.⁷⁸

En el mismo informe, el abogado Domingo Valdés criticó la admisión de la conciliación, por tratarse de una institución que siempre implica una transacción de intereses privados, lo que a su parecer no se subsanaría con la prevención que se la aprobara siempre que sus términos no afectaran a la libre competencia, ya que esta prevención contempla un contrasentido en relación con los asuntos de que debe conocer el Tribunal.⁷⁹

En la misma posición contraria y en el mismo informe, tenemos al abogado Axel Buchheister, quién consideró que su incorporación es inapropiada.⁸⁰

Asimismo, en su informe en derecho el abogado Claudio Undurraga consideró fuera de lugar que en procesos que buscan proteger el Orden Público Económico, esto es, el interés de la comunidad, se admitan acuerdos. En su opinión, esto convertiría al Tribunal en una mesa de negociación entre monopolistas, y entre éstos y los afectados; cuando a su parecer en esta materia hay infracciones que sancionar o no las hay, pero no podrían darse arreglos entre partes, acuerdos que seguramente serían a costa de los consumidores.⁸¹

⁷⁶ Concha , Carlos; *Op. Cit*, Págs. 61 y 62.

⁷⁷ Concha , Carlos; *Op. Cit*, Pág. 62.

⁷⁸ Cámara de Diputados; Texto Cit., Pág. 12.

⁷⁹ Cámara de Diputados; Texto Cit., Pág. 13.

⁸⁰ Cámara de Diputados; Texto Cit., Pág. 15.

⁸¹ Undurraga, Claudio; *Op.Cit.*, Pág. 15 y 16.

En el reporte “*Política y Ley de Competencia en Chile. Exámen Inter-Pares*”, se hace notar que con la incorporación de la conciliación, la FNE deberá considerar si este procedimiento le permitirá a ella y a las empresas, llegar a acuerdos que de ser aceptados por el Tribunal, terminen las causas a través de multas determinadas de común acuerdo. De acuerdo con lo que se propone en este reporte, en el caso de que no se aceptaran este tipo de acuerdos, la FNE debería considerar la conveniencia de plantear una modificación que permitiera esta solución. Se reconoce que la noción de multa negociada no es conocida en nuestro país y que puede parecer una forma de innecesaria de “regateo con la ley”, tal como anteriormente lo parecía la idea de tener un tratamiento más benevolente con los miembros de organizaciones que confesaran prácticas ilícitas. Sin embargo, de acuerdo con este reporte, en muchos lugares se trata de una práctica común, y si el demandado está dispuesto a pagar una multa que se considera apropiada para evitar el costo y las incertidumbres de un juicio, este acuerdo debería ser suficiente para el gobierno. De lo contrario, si el TDLC considerara que su monto es insuficiente, rechazaría el acuerdo, dando lugar al juicio respectivo.⁸²

6.5. Período de Prueba.

Conforme al actual artículo 22º, si el Tribunal no considera pertinente llamar a conciliación o si fracasa dicho trámite, recibe la causa a prueba por el término fatal y común de veinte días hábiles; debiendo fijar los hechos sustanciales y controvertidos sobre los cuales recaerá.⁸³

El Mensaje del proyecto destaca que dentro de las modificaciones realizadas al procedimiento contencioso, está la ampliación del término probatorio de diez a veinte días hábiles.

El abogado Concha destacó que debido a que el actual artículo 29 hace aplicable supletoriamente las normas de los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, en cuanto no sean incompatibles; sería conveniente que se aclarara que este plazo fatal lo es solo para acompañar documentos, presentar lista de testigos, iniciar la prueba testimonial y pedir las demás diligencias probatorias, debido a que en la práctica se deben establecer términos probatorios especiales que resultarían restrictivos para los derechos del inculpado, ya que podría ocurrir por ejemplo, que una prueba testimonial iniciada con los testigos del demandante o requirente, siguiendo luego con los del inculpado podría rendirse en plazos más breves y con una desigualdad de oportunidades con respecto a los del demandante.⁸⁴

⁸² Banco Interamericano de Desarrollo y Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos; *Op.Cit.*, Pág. 69.

⁸³ Fiscalía Nacional Económica; *Texto Cit.*, Pág. 13, 2004.

⁸⁴ Concha, Carlos; *Op. Cit.*, Pág. 62.

6.6. Medios De Prueba, Medidas Para Mejor Resolver y Medidas Prejudiciales.

El nuevo artículo 22º, en su inciso 2º declara como medios admisibles los del artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, pero además admite todo indicio o antecedente que de acuerdo con el Tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes; es decir que no se introdujo ninguna modificación a la situación anterior.

El mismo inciso 2º contempla la posibilidad que el Tribunal pueda decretar la práctica de las diligencias probatorias que estime convenientes, en cualquier estado de la causa e incluso después de la vista, cuando sea indispensable para aclarar hechos que resulten oscuros y dudosos, aún después de que las partes hayan rendido sus diligencias.

En el caso que las partes deseen rendir la prueba testimonial, deberán presentar la lista de testigos dentro del quinto día hábil, contado desde que quede ejecutoriada la resolución que reciba la causa a prueba. Anteriormente, conforme al artículo 18º letra E inciso 2º, las partes que querían rendir esta prueba debían presentar su lista de testigos dentro del segundo día hábil de abierto el término probatorio, y no se admitían a declarar más de cuatro testigos por parte. Es así que el Mensaje del proyecto destaca dentro de las materias reguladas de mejor manera el cómputo del plazo de presentación de esta lista.⁸⁵

Tratándose de las diligencias a que dé lugar la inspección personal del Tribunal, la absolución de posiciones o la recepción de la prueba testimonial, se rendirán ante el miembro que el Tribunal designe para el efecto.

Según el abogado Concha, debió señalarse que en los casos que el Tribunal decretara medidas para mejor resolver, éstas debían practicarse antes que las partes evacuaran el escrito de observaciones a la prueba; y que en el caso que se dictaran después de evacuado este escrito, debería darse traslado a las partes por un término prudente para que formularan sus observaciones al respecto. Él basa esta propuesta en el hecho que en la práctica estas medidas la FNE las pide, o el Tribunal las decreta de oficio, buscando así suplir una investigación o prueba deficientes, lo que se traduce en que la prueba de las partes, de la Fiscalía o del Tribunal no se sujeten a la regla de la bilateralidad de todo debido proceso.⁸⁶

Respecto a las medidas prejudiciales, el abogado Concha destaca que debido a que actualmente un juicio de la competencia pueda iniciarse a través de una denuncia o demanda particular, otorgaría a las medidas prejudiciales probatorias una importancia que antiguamente no tenían, ya que anteriormente los procesos sólo se iniciaban de oficio o a requerimiento del Fiscal; y el Tribunal y la Fiscalía estaban dotados de sus propias facultades de investigar. Debido a que el demandante particular carece de estas facultades, la posibilidad de obtener pruebas para preparar su acción por medio de estas medidas, sería fundamental.

⁸⁵ Diario de sesiones del Senado; Texto Cit., Pág. 105.

⁸⁶ Concha , Carlos; *Op. Cit*, Págs. 62 y 63.

A su juicio, la referencia indirecta a las medidas prejudiciales probatorias; primero en el inciso final del actual artículo 25^o, al señalar que a las medidas prejudiciales y precautorias sólo les serán aplicables lo dispuesto en los artículos 273, 274, 275, 276, 277, 278, 284, 285, 286, 294, 296 y 297, ubicados en los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil; y luego en el artículo 29^o al hacer aplicables las normas de los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil al procedimiento contencioso; no sería suficiente, sobre todo si se toma en cuenta que se harían aplicables una serie de normas propias de los juicios civiles, donde generalmente se discuten materias de interés particular y no de orden público. Así por ejemplo, el artículo 273^o, en su opinión es bastante restrictivo en cuanto a las medidas probatorias que se admitirían perjudicialmente, lo que no sería lógico tratándose de asuntos de orden público económico; y por otra parte, no se hace aplicable el artículo 281^o, que autoriza a pedir prejudicialmente la inspección personal del Tribunal, el informe de peritos y el certificado de Ministro de Fe.

Carlos Concha sugirió que se admitieran en el “carácter de prejudiciales probatorios todos los medios de prueba, incluso los no contemplados en la ley”, y solo con las restricciones que “correspondan a los resguardos que deben darse al eventual inculpado en un proceso de carácter penal.”

Por otra parte, también propuso que las medidas prejudiciales probatorias que solicitara el eventual demandante particular, fueran costeadas por él.⁸⁷

6.7. Medidas Cauterales.

El actual artículo 25^o estipula que el Tribunal podrá decretar, en cualquier estado del juicio o antes de su iniciación, y por el plazo que estime conveniente, todas las medidas cautelares que sean necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento y para resguardar el interés común. Estas medidas serán decretadas con citación, y en caso que se genere un incidente, éste se tramitará conforme a las reglas generales y por cuerda separada.

Estas medidas serán esencialmente provisionales y se podrán modificar o dejar sin efecto en cualquier estado de la causa. Para decretarlas, el requirente deberá acompañar antecedentes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados. El Tribunal, cuando lo estime necesario, podrá exigir caución al actor particular para responder de los perjuicios que se originen.

La resolución que conceda o deniegue una medida cautelar se notificará por carta certificada, salvo que el Tribunal, por razones fundadas, ordene que se notifique por cédula. Si la medida se ha concedido prejudicialmente, el Fiscal o el solicitante deberán formalizar el requerimiento o la demanda en el plazo de veinte días hábiles o en el término mayor que fije el Tribunal, contado desde su notificación, ya que de lo contrario quedarán sin efecto de pleno derecho.

⁸⁷ Concha, Carlos; *Op. Cit.*, Págs. 63 y 64.

Las medidas podrán llevarse a efecto antes de su notificación a la persona en contra de quién se dictan, esto siempre que existieran motivos graves para ello y que el Tribunal así lo ordenara. De ser así, transcurridos cinco días sin que se haga su notificación, las medidas decretadas quedarán sin valor. Este plazo puede ser ampliado por el Tribunal, con motivo fundado.

Tal como vimos a propósito de las medidas probatorias prejudiciales, el inciso final del nuevo artículo 25º, establece que a las medidas cautelares no les serán aplicables las normas de los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil, salvo lo dispuesto en los artículos 273, 274, 275, 276, 277, 278, 284, 285, 286, 294, 296 y 297, cuando dichas disposiciones fueran aplicables.

En su informe en derecho, el abogado Concha destacó que tanto en otros países como en Chile, el derecho de la libre competencia precisamente descansa en la posibilidad que se puedan decretar medidas precautorias que busquen impedir los efectos de una conducta contraria a la libre competencia.

El se refiere a un estudio extranjero en que se hace ver las dificultades que conllevan su aplicación práctica, como ocurre cuando son otorgadas de manera muy específica y pueden resultar ineficaces para evitar los efectos de la conducta; o por el contrario, si son otorgadas de manera muy general, como una forma de cubrir todos los intersticios que pudiera utilizar el infractor, y pueden resultar una barrera o desventaja competitiva para el afectado, que lo dejan en una posición de desventaja en relación a los demás competidores, o bien pueden significarle un perjuicio irreparable. En opinión de Carlos Concha, estas consideraciones también serían aplicables en Chile.

Para este abogado, la Ley N° 19.911 por primera vez hace una regulación más detallada de las medidas precautorias⁸⁸; regulación que en términos generales le pareció adecuada, aunque hizo la sugerencia, finalmente incorporada al proyecto, que se enfatice el carácter estrictamente provisional de estas medidas.

Por otra parte, estimó que debió considerarse la posibilidad que las medidas pudieran ser sustituidas por una caución destinada al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción. Otra sugerencia no incorporada, fue que junto con hacer aplicables los requisitos contemplados en el Código de Procedimiento Civil, se exigiera que ninguna medida precautoria pudiera significar una restricción a la libre competencia, haciendo referencia a lo que a su juicio es un hecho “público y notorio” como es que el uso y abuso de las medidas precautorias pueden afectar a la libre competencia, incluso en grado mayor que la misma conducta investigada.⁸⁹

Por su parte, el abogado Claudio Undurraga destacó que el nuevo artículo 25º permite al Tribunal decretar medidas cautelares innominadas en cualquier estado de la causa e incluso antes de su iniciación, y que para el Tribunal es

⁸⁸ El antiguo artículo 18º, letra O, contenía como única reglamentación, la posibilidad que la Comisión decretara, por el plazo que estimara conveniente, todas aquellas medidas precautorias que fueran necesarias para impedir los efectos de las conductas sometidas a su conocimiento y para cautelar el interés común. Estas resoluciones eran esencialmente transitorias y podían modificarse o dejarse sin efecto en cualquier estado de la causa.

⁸⁹ Concha, Carlos; *Op. Cit.*, Págs. 64 y 65.

facultativo solicitar una caución de perjuicios al actor particular, incluso cuando se trate de medidas otorgadas prejudicialmente. Además este abogado sugirió que se admitiera la aplicación del artículo 279 del Código de Procedimiento Civil, según el cual para que se otorguen las medidas prejudiciales se debe determinar el monto de los bienes sobre los cuales han de recaer estas medidas y que se rinda fianza o alguna otra garantía que sea suficiente a juicio del tribunal para poder responder de los perjuicios y multas que se impongan.

Asimismo, propuso la aplicación del inciso 2º del artículo 280, según el cual si no se deduce la demanda oportunamente, o no se pide en ella que se mantengan vigentes las medidas decretadas o el Tribunal resuelve no mantenerlas; por ésta sola circunstancia será responsable el que las solicitó, estimando que su actuar ha sido doloso.

También postuló que debió establecerse claramente que tipo de medidas se pueden decretar, atendida la necesidad que existan limitaciones, en razón que las decisiones del Tribunal no son reclamables.⁹⁰

De acuerdo con lo señalado en el segundo “*Día de la Competencia*” por el entonces Fiscal Económico, Pedro Mattar, las medidas cautelares son aquellas que puede decretar el Tribunal para impedir los efectos negativos que derivan de las conductas sometidas a su conocimiento y que pueden ser decretadas de oficio, a petición de alguna de las partes o de la FNE, durante la tramitación del proceso o bien antes de su inicio.

Como requisito, tenemos que siempre debe acompañarse a la solicitud aquellos antecedentes que constituya a lo menos una presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados; solicitud que debe ser notificada a la persona a quién vaya dirigida, la que podrá legítimamente oponerse dentro del plazo de tres días, generándose un incidente de tramitación separada; aunque pueden decretarse sin esta notificación, en casos graves que el Tribunal así califique.⁹¹

6.8. Apreciación de la Prueba y el Escrito de Observaciones.

Conforme al inciso final del actual artículo 22º: “El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica”. Anteriormente, la letra K del antiguo artículo 18º estipulaba que la Comisión apreciaría los antecedentes y la prueba en conciencia.

Para el abogado Carlos Concha esta modificación es una importante innovación, “en el sentido de dar seguridad jurídica al inculpado.”⁹²

De acuerdo con lo señalado por María de la Luz Romper y Axel Buchheister en su informe económico, la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica significa que el Tribunal deberá hacerlo de acuerdo a los dictados de la lógica y de la prudencia, concepto que en derecho se opone al sistema de la “prueba tasada”, donde es la ley la que señala qué valor debe

⁹⁰ Undurraga, Claudio; *Op.Cit.*, Págs. 16 y 17.

⁹¹ Fiscalía Nacional Económica; *Texto Cit.*, Pág. 14, 2004.

⁹² Concha, Carlos; *Op. Cit.*, Pág. 65.

otorgarse a cada prueba y cómo debe resolverse la eventual contradicción entre ellas. A su parecer, el sistema de la sana prueba entrega mayor libertad al Tribunal, lo que es propio de la tendencia actual, sin que esto signifique liberar al Tribunal de la obligación de consignar las razones que funden su fallo.⁹³

A propósito del escrito de observación de la prueba, el abogado Carlos Concha hace referencia a la situación anterior, donde si bien el Decreto Ley N° 211^o no contemplaba expresamente el derecho de las partes para realizar observaciones a la prueba rendida (a diferencia de lo que se consagra en el Código de Procedimiento Civil tratándose del juicio ordinario) en la práctica era habitual que las partes presentaran este escrito valiéndose del antiguo artículo 18 letra P, según el cual las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil regían como supletorias al procedimiento contencioso, pero con la consecuencia que este escrito no tenía un plazo para ser evacuado. Este abogado destaca que en los juicios sobre la libre competencia las cuestiones de hecho revisten una cierta importancia que generalmente es mayor que en otros procesos, y debido a que estas pruebas estarían constituidas por indicios y peritajes de compleja construcción, era aconsejable establecer formalmente el derecho de las partes a formular observaciones a la prueba.⁹⁴

6.9. Vista de la Causa.

Conforme al actual artículo 23^o: “Vencido el término probatorio, el Tribunal así lo declarará y ordenará traer los autos en relación, fijando día y hora para la vista. El Tribunal deberá oír los alegatos de los abogados de las partes cuando alguna de éstas lo solicite.”

Para el abogado Carlos Concha se da un avance significativo en cuanto a dar garantías a las partes se refiere, ya que a diferencia del anterior artículo 18^o letra L que confería al Tribunal la facultad de oír alegatos y que ordinariamente se efectuó en forma adecuada, el actual artículo 23^o establece la obligación del Tribunal de oír alegatos, lo que en su opinión mejora las garantías procesales, aunque recomendó algunas previsiones; como que un Ministro de Corte presidiera al Tribunal, proposición no acogida en definitiva; que se realizara en una relación única y pública, a la que tendrían derecho de asistir todos los interesados; que las partes contaran con un tiempo especial para rectificar, adicionar o complementar la relación cuando la consideraran no objetiva y que la duración de alegación a cada parte fuera de una hora, ya que actualmente no se contempla un plazo.⁹⁵

⁹³ Buchheister, Axel; Domper, María de la Luz; *Op.Cit.*, Pág. 37.

⁹⁴ Concha, Carlos; *Op. Cit.*, Pág. 66.

⁹⁵ Concha, Carlos; *Op.Cit.*, Págs. 66 y 67.

6.10. Sentencia Definitiva.

Conforme al anterior artículo 18° letra K, la Comisión fallaba en conciencia, debiendo fundar su sentencia. La sentencia debía dictarse dentro del plazo cuarenta y cinco días contado desde que el proceso se encontraba en estado de fallo.

El actual artículo 26° establece que “La sentencia definitiva será fundada, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia. En ella se hará expresa mención de los fundamentos de los votos de minoría, si los hubiere. Esta sentencia deberá dictarse dentro del plazo de cuarenta y cinco días, contado desde que el proceso se encuentre en estado de fallo.”

a) Sanciones o Medidas.

De acuerdo con el inciso 2° del actual artículo 26°: “En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas:

- a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley;
- b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior;
- c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo.

Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor.” Con respecto a las dos primeras medidas, éstas ya se contemplaban en el Decreto Ley N° 211 antes de su modificación.

Con respecto a las multas, el Mensaje del proyecto señala “Finalmente, un Tribunal fortalecido, con directrices bien definidas, debe contar con atribuciones sancionatorias adecuadas que le permita cumplir con el objetivo de inhibir las conductas anticompetitivas, en el estricto marco constitucional. Por ello, se propone sustituir el carácter penal de la ley vigente, por mayores multas y la responsabilidad solidaria de los ejecutivos involucrados en las acciones contrarias a la libre competencia.”⁹⁶

⁹⁶ Diario de sesiones del Senado; Texto Cit., Pág. 102.

En una línea similar encontramos al entonces Fiscal Nacional Económico, Pedro Mattar, quién justificó el aumento del monto como un medio de contrarrestar la eliminación del carácter penal, y además para actualizar la cuantía de las multas acorde con el capital en giro de las empresas que operan en los mercados y con el volumen de sus operaciones comerciales.

Por su parte, el abogado Concha criticó tal hipótesis, haciendo una comparación con la situación de Estados Unidos de Norteamérica, donde la cuantía de la actividad económica es inmensamente mayor a la nuestra, y el monto máximo de la multa que se puede imponer a una persona jurídica es de US\$ 10.000.000 y a una persona natural de US\$ 350.000. Si bien estuvo de acuerdo con elevar su monto, no lo estuvo con el nivel que podrían alcanzar; y en cambio sí se mostró partidario de mantener la privación de libertad para los casos de competencia fraudulenta y colusión manifiesta, maliciosa y perjudicial.⁹⁷

También se mostró contrario al monto elevado de las multas, el actual Ministro del Tribunal, Tomás Menchaca, en el *informe de las Comisiones Unidas* de la Cámara de Diputados⁹⁸; dando lugar a pensar que al menos uno de sus actuales miembros consideraría bastante antes de aplicar los montos máximos.

A propósito de la eliminación del carácter penal del Decreto Ley N° 211, se consignó la opinión del abogado Claudio Undurraga, quien en su informe en derecho destacó que debido a que el actual artículo 26° establece que en el caso de las personas jurídicas, la multa puede aplicarse a ésta, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en el acto respectivo, y que de la multa que se aplique a la persona jurídica responderán solidariamente de su pago los directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre y cuando hubieran participado en el mismo, se puede dar lugar a “un cúmulo de responsabilidades enorme”, dando el ejemplo que se impusiera una multa de treinta mil unidades de tributarias (esto, según la propuesta inicial, ya que tal como señala el actual artículo 26° el monto se rebajó a veinte mil unidades tributarias) a una empresa y otra por el mismo monto a su director o administrador, es decir que en total, su responsabilidad ascendería a sesenta mil unidades tributarias (actualmente podría ser de cuarenta mil unidades tributarias); suma que podría multiplicarse infinitamente, según fuera el número de personas multadas, agregando el hecho que el pago de las multas lleva agregada la pena de prisión por deudas.

Para este abogado se trata de sanciones penales, a las cuales se les priva del sistema de protección que tienen reos de delitos muy inferiores; como el artículo 74 del Código Orgánico de Tribunales y el 19 N° 7, letras f) y g) de la Constitución Política, entre otros, y a los cuales ya se hizo referencia a propósito de la despenalización de la Ley de la Competencia en el Capítulo I de este trabajo.

El abogado Undurraga llegó a la conclusión que era necesario adoptar tipos penales para la descripción de las infracciones y que se estableciera como

⁹⁷ Concha, Carlos; *Op.Cit.*, Págs. 76 y 77.

⁹⁸ Cámara de Diputados; *Texto Cit.*, Pág. 12.

requisito mínimo reglas similares a las existentes para la aplicación de sanciones en el ordenamiento legal de la electricidad y combustibles, eso sí, adaptadas a la protección de la Libre Competencia.⁹⁹

María de la Luz Domper y Axel Buchheister justificaron tanto la despenalización de la ley, como la elevación del monto, pero criticaron el monto máximo que sería demasiado elevado, pudiendo desalentar la actividad empresarial.

Asimismo cuestionaron la posibilidad que se extendiera el sujeto punible ya no sólo a la persona jurídica, sino también a los directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del hecho, lo que a su juicio podría llevar a que se sancione dos veces el mismo hecho, cuando sólo debería sancionarse a la empresa, ya que de esta manera operarían los incentivos, tomándose las acciones en contra de quién haya actuado, por las pérdidas económicas que signifique la multa.

Finalmente, también criticaron que se estableciera una responsabilidad solidaria, ya que si la doble sanción ya es cuestionable, con la solidaridad existe la posibilidad que la sanción se extienda a personas que se hayan aprovechado del acto respectivo, lo que a su parecer podría llevar a que se hiciera responsable a demasiadas personas, debido a que se trataría de un concepto vago que extiende ilimitadamente la responsabilidad.¹⁰⁰

b) Doctrina y Cosa Juzgada.

Un tema relacionado con la sentencia definitiva, y más precisamente, con sus efectos, es el relativo al respeto de los precedentes.

El abogado Jorge Stretter vincula este tema a la certidumbre o seguridad jurídica que arrancan de las sentencias judiciales, entendida como la certidumbre jurídica que arranca de la jurisprudencia y que puede llegar a beneficiar a todas las personas que eventualmente se encontraran en una situación similar a la que ha sido decidida anteriormente, preferentemente en varias oportunidades y en un mismo sentido.

Jorge Stretter parte por hacer un análisis sobre cuál ha sido, a su parecer, la tendencia de los Tribunales de Justicia en esta materia, llegando a la conclusión que en verdad los Tribunales no se sentirían obligados por los precedentes, basándose en una interpretación del artículo 3º del Código Civil que es contraria a la suya. Es así que él postula que este precepto dice relación con la fuerza obligatoria de una sentencia judicial entre las partes del juicio en lo que se refiere a su parte decisoria, y no a “su parte intelectual contenida en los considerandos, fundamentos y argumentaciones que muestran por qué se ha decidido en el sentido en que la sentencia lo hizo.”

Luego agrega otras consideraciones, como lo referente a las facultades conservadoras de los Tribunales de Justicia, y entrega su interpretación del significado del respeto de los precedentes, que no consistiría en un servil

⁹⁹ Undurraga, Claudio; *Op.Cit.*, Págs. 9 a 14.

¹⁰⁰ Buchheister, Axel; Domper, María de la Luz; *Op.Cit.*, Pág. 38 y 39.

acatamiento, sino que por el contrario importaría considerarlos o tenerlos presente como criterios de decisión importantes y aplicarlos cuando haya similitud en la llamada “*ratio decidendi*”, y en caso contrario, señalar las razones por las cuales no se resuelve de la misma manera, justificando razonadamente el cambio de criterio; ya que de lo contrario no sólo se estaría violando “la igual protección que se merecen todas las personas, (sino que además) se genera incertidumbre, se produce inseguridad, se afecta la credibilidad de los pronunciamientos judiciales”. “Al modificar los criterios de decisión, sin tener ni dar buenas razones que lo justifiquen, estamos prescindiendo de ese componente fundamental de la virtud de la justicia que es el trato igual de las situaciones similares, sin el cual no hay una equitativa protección de las personas en el amparo de sus pretensiones y en la tutela de sus razonables expectativas.”

El abogado Streeter destaca que “la seguridad, la previsibilidad y la coherencia son valores muy importantes para que el ordenamiento jurídico sea eficaz, lo que tiene sustancial importancia en materia económica porque la inseguridad, la incoherencia y la falta de previsión crean costos a veces muy cuantiosos.”

Él concluye señalando que “el precedente es digno de respeto y lo es porque las personas debemos ser tratadas con igual consideración.”, por lo cual recomienda que el Tribunal quede vinculado por el respeto a sus precedentes, “en el entendido que si ello no ocurre la certeza o seguridad que todos reclaman para el ordenamiento jurídico de la competencia en los mercados será imposible de obtener.”¹⁰¹ Esta es la misma opinión que entrega en el *Informe de las Comisiones Unidas* de la Cámara de Diputados.¹⁰²

También en el mismo *Informe*, encontramos la opinión de uno de los actuales Ministros del Tribunal, el abogado Tomás Menchaca, quién se mostró contrario a reconocer un efecto vinculante a las sentencias del Tribunal, debido a que la complejidad de la materia obliga a analizar caso a caso, aunque se mostró partidario de facultarlo para dar un efecto más amplio a sus decisiones, mediante la dictación de instrucciones de carácter general.^{103 104}

Por su parte, y en el mismo *Informe*, encontramos la opinión del abogado Domingo Valdés, quién sostuvo que el efecto propio de las sentencias es siempre para un caso particular. También señaló que a través de la potestad reglamentaria del Tribunal podría lograrse este efecto vinculante, extendiendo los efectos de sus resoluciones respecto de cada caso que conozca a todos los competidores que se encuentren en igual situación, es decir, no haciéndolo en forma abstracta sin que medie un caso particular, ya que de lo contrario se transformaría en un pseudo legislador.¹⁰⁵

¹⁰¹ Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brunner y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; *Op. Cit.*, Págs. 59 a 64.

¹⁰² Cámara de Diputados; Texto Cit., Pág. 11.

¹⁰³ Para mayor información sobre esto último, véase el punto II.5. páginas 42 a 44, referente a las atribuciones del Tribunal de la Competencia, y más precisamente a su facultad de dictar instrucciones de carácter general.

¹⁰⁴ Cámara de Diputados; Texto Cit., Pág. 12.

¹⁰⁵ Cámara de Diputados; Texto Cit., Pág. 14.

El abogado Axel Buchheister consideró que no era necesario definir el concepto de libre competencia, dejando al Tribunal que por la vía de la jurisprudencia fuera precisando tal idea; y a propósito del tema de los precedentes, él estimó que los precedentes sentados por éste tendrían un rol fundamental.¹⁰⁶

El abogado Carlos Concha destacó la importancia de la doctrina que se crea mediante los dictámenes, sentencias e instrucciones de un TDLC, ya que es fuente de seguridad jurídica para los particulares, que deben tener el derecho de acogerse a sus doctrinas.

Sin embargo, acotó que la doctrina procesal ha considerado que las sentencias ejecutoriadas de la Comisión Resolutiva y las que pronunció la Corte Suprema al conocer de un recurso en contra de una sentencia de la primera, no producen cosa juzgada material, de manera que si las circunstancias de hecho que dieron lugar al fallo se modificaban con posterioridad, podía volver a conocerse la materia sobre la base de estos hechos posteriores a la sentencia ejecutoriada, que modificaran notoriamente los antecedentes de hecho de la resolución dictada por la Comisión, o por la Corte Suprema.

En su opinión esta doctrina se recogió en el artículo 20 del proyecto, que finalmente se tradujo, con algunas modificaciones en el actual artículo 32.

Este último precepto señala: “Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación.”

A su parecer, esta opción es la correcta, ya que acoge la doctrina que estas decisiones no producen cosa juzgada material, sino sólo formal o provisional, de acuerdo con cual sea la opinión que se adopte; pero hace ver que la mera adaptación formal de lo que antes se decía en las decisiones de las Comisiones Preventivas no sería suficiente, debido a que éstas no ejercían jurisdicción, sino que solamente emitían dictámenes que constituían interpretación administrativa de la ley.

c) Ejecución de las Resoluciones.

Conforme al actual artículo 28º de la ley: “La ejecución de las resoluciones pronunciadas en virtud de este procedimiento, corresponderá directamente al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el que contará, para tales efectos, con todas las facultades propias de un Tribunal de Justicia.

Las multas impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia deberán pagarse dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que quede ejecutoriada la respectiva resolución.

¹⁰⁶ Cámara de Diputados; Texto Cit., Pág. 15.

Si cumplido el plazo el afectado no acreditare el pago de la multa, el Tribunal deberá, de oficio o a petición de parte, y sin forma de juicio, apremiarlo del modo establecido en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil.”

6.11. Recursos.

El Mensaje del proyecto destaca que en materia de recursos se amplió el ámbito de aplicación del Recurso de Reclamación del artículo 19º, a todas las sentencias definitivas que dicte el Tribunal, sin la distinción que se hacía anteriormente. Por otra parte, se incluyó el Recurso de Reposición en contra de la resolución que recibe la causa a prueba y las que decreten, alcen o modifiquen medidas precautorias.¹⁰⁷

Conforme al actual artículo 27º se estableció la procedencia de dos recursos:

a) Recurso de Reposición: Procede respecto de todas las resoluciones del Tribunal de la Competencia, salvo la sentencia definitiva.

Se le puede dar tramitación incidental, o bien ser resuelto de plano.

b) Recurso de Reclamación: Sólo procede respecto de la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas o sanciones contenidas en el artículo 26º o que absuelva de su aplicación.

El recurso debe ser fundado y podrá ser interpuesto por la FNE o cualquiera de las partes.

Se interpone ante el Tribunal, para ante la Excelentísima Corte Suprema en el plazo de diez días hábiles, contados desde la respectiva notificación. Este plazo se amplía con el aumento que corresponda al lugar en que tenga su domicilio el afectado, cuando éste fuera distinto al de la sede del Tribunal, todo esto de acuerdo con la tabla de emplazamiento del artículo 259 del Código de Procedimiento Civil.

Para seguir este recurso, no es necesaria la comparecencia de las partes; tiene preferencia para su conocimiento y no procede la suspensión de la vista de la causa por el motivo establecido en el N° 5 del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil.

Además, la interposición del recurso no suspenderá el cumplimiento del fallo, salvo cuando a petición de las partes y mediante una resolución fundada, la Sala que conozca del recurso suspenda los efectos de la sentencia, ya sea total o parcialmente.

Para interponer este recurso, en los casos en que se hubiere impuesto una multa, la parte sancionada deberá consignar una suma de dinero que equivalga al diez por ciento de la multa. En el caso que el recurso sea interpuesto por el Fiscal Nacional Económico, estará exento de este requisito.

A propósito de este tema, el abogado Carlos Concha hace ver que la ley no aclara cual es la naturaleza del recurso de reclamación, en el sentido de

¹⁰⁷ Diario de sesiones del Senado; Texto Cit., Pág. 105.

señalar si la Corte Suprema está facultada para revisar los hechos y el derecho; lo que a su juicio se solucionaría especificando si se trata de un recurso de plena jurisdicción.¹⁰⁸

En su exposición para el Primer “*Día de la Competencia*”, el entonces Fiscal Nacional Económico, Pedro Mattar destacó la ampliación del ámbito de aplicación del Recurso de Reclamación, así como la disminución de la consignación desde un cincuenta a un diez por ciento de la cuantía de la multa; ya que de esta manera el recurso “se hace más accesible a las personas afectadas.”¹⁰⁹

Por su parte, María de la Luz Domper y Axel Buchheister postularon que este requisito previo para recurrir de las sentencias del Tribunal importa “una forma de denegación de justicia”. Destacan la cuantía del porcentaje, que en el anterior texto de la ley ascendía al cincuenta por ciento de la multa; lo que a su juicio, junto con la elevación del monto máximo de la multa, importa una demostración más clara de la denegación de justicia para las empresas y con mayor razón para los ejecutivos, que según la actual normativa pueden ser sancionados en los mismos montos que las personas jurídicas.¹¹⁰

6.12. Indemnización de Perjuicios

El actual artículo 30° estipula que la acción de indemnización de perjuicios que se ejerza como consecuencia de la dictación de una sentencia definitiva por el Tribunal, se interpondrá ante el tribunal civil competente de conformidad a las reglas generales, y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario.

Además establece que al momento de decidir, el tribunal civil debe basar su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de éstos, que hubiera fijado el Tribunal en su sentencia definitiva.

El abogado Carlos Concha estimó que se debió facultar al Tribunal para que en la misma sentencia definitiva que exprese la ilicitud de la conducta investigada, declare el derecho del perjudicado a ser indemnizado por los perjuicios que emanen inmediata y directamente del ilícito; todo esto de acuerdo con la legislación procesal que permite ejercer la acción de perjuicios de dos maneras; estos es, pudiendo solicitar al tribunal competente que declare el derecho a ser indemnizado, por un monto y especie que se acreditará en el mismo juicio ; o bien, demandando ante el tribunal competente para que declare el derecho a ser indemnizado y reservándose la acción para acreditar la especie y monto de los perjuicios en el incidente de cumplimiento del fallo o en otro juicio distinto.

También propuso que se facultara al Fiscal Nacional Económico para que pudiera demandar, en nombre del afectado, su derecho a ser indemnizado, independientemente del derecho de la propia víctima, y estableciendo la

¹⁰⁸ Concha, Carlos; *Op.Cit.*, Págs. 71.

¹⁰⁹ Fiscalía Nacional Económica; *Texto Cit.*, Pág. 18, 2003.

¹¹⁰ Buchheister, Axel; Domper, María de la Luz; *Op.Cit.*, Pág. 39.

salvedad de que en el caso que el Fiscal prevenga en el ejercicio de la acción, sólo se tramitará ésta, pudiendo la víctima actuar como coadyuvante.

En este último caso la Fiscalía no actuaría en representación o a nombre de una víctima particular, sino “por cuenta de quien corresponda” de manera que el fallo pueda ser invocado por cualquier afectado para probar en otro juicio la especie y monto de sus perjuicios.¹¹¹

En la misma línea encontramos al abogado Jorge Streeter, quien señaló que el monopolio es ante todo un ilícito civil, debido a que conlleva una conducta dolosa o culposa que causa daño a otro, y que por lo tanto debe indemnizarse; lo que anteriormente no ocurría en razón de que no existía un tribunal propiamente tal que conociera de estas materias, por lo que era necesario accionar ante los tribunales ordinarios.

Él postuló que el Tribunal debe estar dotado de las facultades suficientes para establecer la comisión del ilícito civil y en consecuencia, la procedencia de la respectiva indemnización sin discusión; de manera que al tribunal ordinario sólo le reste determinar la identidad de los perjudicados y el monto de los perjuicios, de preferencia en un procedimiento abreviado.¹¹²

En la práctica, con la actual normativa se dejó en una situación similar a la anterior, ya que sigue siendo necesario accionar ante los tribunales civiles, para que declaren el derecho a indemnización, y su monto y especie. En definitiva, la proposición de estos abogados era la mejor solución, tomando en cuenta que el Tribunal no puede fijar el monto y especie de los perjuicios, debido al lato conocimiento que implican este tipo de juicios.

7. PROCEDIMIENTO NO CONTENCIOSO.

A diferencia de lo que ocurría anteriormente, la actual ley regula un procedimiento no contencioso en el actual artículo 31°.

De acuerdo con la publicación preparada por la FNE titulado *Sistemas y Organismos de Defensa de la Libre Competencia*, a través de este procedimiento no contencioso o de consulta se busca que el Tribunal tome conocimiento y se pronuncie, a solicitud de quien tenga interés legítimo, sobre actos o contratos, ya sea existentes o futuros que puedan infringir las normas de la libre competencia.

Se destaca allí que la característica preliminar más importante de este procedimiento es su carácter no contencioso, en un sentido judicial, es decir, que su objeto es que se emita un pronunciamiento que dé certeza sobre la forma en que debe ejecutarse ya sea, una conducta, acto o convención, de manera que no infrinjan a la libre competencia; vinculando así el origen de este procedimiento con la facultad de las Comisiones Preventivas de absolver consultas y pronunciarse sobre actos y contratos, existentes o futuros, que eran contrarios a la Ley.

¹¹¹ Concha, Carlos; *Op.Cit.*, Págs. 83 a 85.

¹¹² Cámara de Diputados; Texto Cit., Pág. 10.

Además a través de este procedimiento el Tribunal puede establecer instrucciones de carácter general, a las que deben ceñirse los particulares al momento de ejecutar o celebrar actos o contratos vinculados a la libre competencia.¹¹³

De acuerdo con el artículo 31°, este procedimiento comienza a solicitud del(os) interesado(s) o de la FNE¹¹⁴; mediante un decreto que ordena su iniciación. Este decreto debe publicarse en el Diario Oficial y en un diario de circulación nacional y además notificarse a la FNE, a las autoridades directamente concernidas y a los agentes económicos que a juicio exclusivo del Tribunal estén relacionados con la materia.

La finalidad de esto es que tanto las personas notificadas como quienes tengan interés legítimo, aporten antecedentes en un plazo no inferior a quince días o el superior que fije el Tribunal.¹¹⁵ Es debido a la posibilidad de que intervengan todas estas personas que el actual Ministro del Tribunal, Radoslav Depolo destacó que si bien este procedimiento, tal como lo dice su nombre, es no contradictorio, puede llegar a ser bilateral o multilateral.¹¹⁶

Una vez vencido este plazo, el Tribunal debe citar a una audiencia pública, la cual debe efectuarse en el plazo fatal de treinta días siguientes a la notificación. Dicha notificación se practica a través de un aviso en el Diario Oficial de manera que las personas que hubieran aportado antecedentes puedan manifestar su opinión. En el caso que la materia se refiera a una situación regional, también se hará una publicación en un diario local.

La ley prescribe que el Tribunal debe arbitrar las condiciones necesarias para que todos los intervinientes puedan imponerse del expediente y en el caso que los informes no se presenten dentro del plazo fijado, el Tribunal podrá prescindir de ellos.

En el citado texto *Sistema y Organismos de Defensa de la Libre Competencia* se destaca el rol activo que se entrega al Tribunal, en materia de recopilación de los antecedentes, debido a que no está limitado a adoptar su decisión sólo en base a los informes que presenten las personas o instituciones intervinientes, ya que de acuerdo con el número 4) del artículo 31°, el Tribunal podrá recabar y recibir los antecedentes que estime pertinentes, de oficio o a petición del interesado.

Se debe tener presente, que para diferenciarla de la sentencia definitiva del procedimiento contencioso, en este caso se habla de *resolución*, y es la que resuelve la consulta o informa, y debe dictarse en el plazo de cuarenta y cinco días, contados desde que quede en estado para ser fallada.¹¹⁷

7.1. Recursos.

¹¹³ Fiscalía Nacional Económica; Texto Cit., Pág. 17, 2004.

¹¹⁴ Fiscalía Nacional Económica; Texto Cit., Pág. 19, 2004.

¹¹⁵ Fiscalía Nacional Económica; Texto Cit., Pág. 17, 2004.

¹¹⁶ Ministro Radoslav Depolo, Tercer "Día de la Competencia", 01 de julio de 2005.

¹¹⁷ Fiscalía Nacional Económica; *Ibidem*.

a) Recurso de Reposición: Conforme al inciso 2° del artículo 31°, las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en este procedimiento, pueden ser objeto del Recurso de Reposición.

b) Recurso de Reclamación: Por su parte, las resoluciones que fijen condiciones que deban ser cumplidas en actos o contratos, también podrán ser objeto del Recurso de Reclamación ante la Excelentísima Corte Suprema, debiendo interponerse en el plazo de diez días hábiles contados desde la notificación respectiva.¹¹⁸

8. CONVERSIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

El 22 de julio de 2004, los Ministros del TDLC acordaron el Auto Acordado N° 5, debido a que existía la posibilidad que se presentaran consultas y demandas o requerimientos que se refirieran a hechos, actos o convenciones idénticos, lo que podía dar lugar a procedimientos paralelos y decisiones contradictorias; y debido también a que el Decreto Ley N°211 no reglamentó la tramitación que debe dársele a tales consultas y demandas o requerimientos, en el caso que se diera tal situación.

En este Auto Acordado establecieron lo siguiente:

- 1) En los casos que ingresara al Tribunal una demanda o requerimiento conforme al procedimiento contencioso, ni las partes ni terceros pueden iniciar una consulta, debiendo los interesados hacer valer sus pretensiones en dicho procedimiento contencioso.
- 2) Tratándose de procedimientos no contenciosos relacionados con hechos, actos, o convenciones existentes, ejecutados o concluidos a la fecha de ingreso de dicha consulta; la posterior oposición de legítimo contradictor, la presentación de una demanda o el requerimiento de la FNE referidos a los mismos hechos, convertirán al asunto en contencioso, debiendo sujetarse a las reglas de ese procedimiento.
- 3) En los casos de consultas referidas a hechos, actos o convenciones celebrados, ejecutados o concluidos a la fecha de ingreso de esa consulta, no procederá posteriormente la interposición de demandas o requerimientos relacionados con los mismos hechos; debiendo los interesados hacer valer sus oposiciones dentro del procedimiento no contencioso. En el caso que se presentara después una demanda o requerimiento, ésta se agregará al proceso para tenerla como antecedente.^{119 120}

¹¹⁸ Fiscalía Nacional Económica; Texto Cit., Pág. 18, 2004.

¹¹⁹ Auto Acordado N° 5, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 22 de julio de 2004.

¹²⁰ Fiscalía Nacional Económica; Texto Cit., Pág. 20, 2004.

Capítulo III:

LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA.

La modificación a los organismos encargados de la defensa de la competencia comenzó con la Ley N° 19.610 de 19 de mayo de 1999, destinada a fortalecer las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica y que reemplazó al Título IV del Decreto Ley N°211.

Es así que el Mensaje del proyecto que creó al TDLC señala que “para los gobiernos de la Concertación el fortalecimiento de la institucionalidad de la defensa de la libre competencia ha sido una de sus prioridades.

En efecto, en octubre del año 1997 se envió al Congreso Nacional un proyecto de ley destinado a adaptar nuestra legislación en este sentido. Sin embargo, tal como se expresó en el Mensaje del mismo, este proceso de revisión de la institucionalidad antimonopolio debía ser gradual, partiendo en dicha ocasión con los cambios y modificaciones tendientes a fortalecer la Fiscalía Nacional Económica. El citado proyecto de ley se hizo realidad con la Ley N° 19.610...”¹²¹

En la práctica esta ley casi duplicó el personal de planta de la Fiscalía, aumentó los salarios y modificó los criterios de selección de los nuevos funcionarios públicos, con la finalidad que la FNE contara con un personal más profesional.

Al reseñar en el primer capítulo cual era la situación anterior a la Ley N° 19.911, vimos que la Fiscalía cumplía el rol de una agencia de la competencia, encargada de investigar todo hecho, acto o convención que tendiese a impedir, eliminar, restringir o entorpecer la competencia en los mercados (y como veremos más adelante es el mismo rol que cumple hoy). Si como resultado de sus investigaciones resolvía que se había cometido alguna infracción a la competencia, lo informaba a las Comisiones para que aplicaran las sanciones o medidas correspondientes. Esto según el sistema tripartito anterior en que existían órganos de carácter administrativo, donde se ubicaban las Comisiones Preventivas Regionales y Central; órganos judiciales, como la Comisión Resolutiva y la Corte Suprema (tratándose de los recursos de reclamación y queja); y la Fiscalía Económica como un órgano auxiliar de la administración de justicia, y también como un organismo administrativo con plena autonomía funcional.¹²²

En el seminario *Modificaciones de la Ley de Defensa de la Competencia*, el abogado Arturo Yrarrázaval se refirió a un estudio del Ministerio de Economía recaído en la Fiscalía y en el cual se hacía referencia a “...la separación insuficiente entre las funciones de investigación de la Fiscalía Nacional

¹²¹ Diario de sesiones del Senado; Texto Cit., Pág. 100.

¹²² Fiscalía Nacional Económica; Texto Cit., Pág. 15, 2003.

Económica y de decisión de las Comisiones Antimonopolios. Frente a amplias atribuciones, los problemas derivan en carencias específicas, como el hecho que la Fiscalía Nacional Económica carezca de personalidad jurídica y de patrimonio propio.”

Según Arturo Yrarrázaval, al realizar un análisis del derecho comparado, se desprenden ciertas tendencias claras en materia de Fiscalías de la Competencia o sus instituciones equivalentes; las que resume de la siguiente manera:

1) Las Fiscalías son órganos esencialmente técnicos, libres de influencias políticas provenientes del Poder Ejecutivo;

2) Las Fiscalías tienen como función fundamental las investigaciones de prácticas restrictivas;

3) Las Fiscalías son especialmente activas para iniciar de oficio las investigaciones que crean convenientes; y

4) Las Fiscalías cuentan con una planta profesional de primera calidad, personal altamente calificado, de gran prestigio público y bien remunerado.¹²³

1. La Fiscalía Nacional Económica según la Ley N° 19.911.

Tal como se mencionó anteriormente, la idea central de la Ley N° 19.911 es el fortalecimiento del nuevo órgano jurisdiccional encargado de resolver los conflictos en materia de la competencia, esto es, al Tribunal de la Competencia. Dentro de las medidas destinadas a este fortalecimiento, una de las ideas fundamentales era la de separar las funciones del Tribunal y la Fiscalía Económica; debido a que en el esquema anterior las antiguas Comisiones se encontraban en una situación de dependencia técnica con respecto a la Fiscalía.

Esta separación se concreta a través de la incorporación de una planta dependiente del Tribunal, que está compuesta por profesionales y funcionarios dedicados tiempo completo a la labor de asistencia técnica y administrativa, logrando que la Fiscalía Económica pueda dedicarse exclusivamente a sus funciones investigadora, fiscalizadora y de representación del interés público ante el Tribunal.¹²⁴

De acuerdo con el actual artículo 33° la FNE es un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

Tiene su sede en Santiago; y está a cargo de un funcionario denominado Fiscal Nacional Económico, que es de la exclusiva confianza del Presidente de la República; y que ejerce tanto la jefatura superior como la representación judicial y extrajudicial del Servicio.

¹²³ Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brunner y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; *Op. Cit.*, Págs. 15 y 16.

¹²⁴ Diario de sesiones del Senado; Texto Cit., Pág. 104.

Además el Fiscal Económico es el representante del interés general de la colectividad en el orden público económico; preside la Comisión Nacional de Distorsiones y forma parte de la Junta General de Aduanas, que es el tribunal de segunda instancia en las causas aduaneras.¹²⁵

A propósito de la forma de designación del cargo de Fiscal Económico, el abogado Carlos Concha señaló que por tratarse de un funcionario de exclusiva confianza del Presidente de la República y estar sujeto a la supervigilancia del Ministerio de Economía, sería un tributario del poder ejecutivo de turno, lo que afectaría su independencia. Por esta razón Carlos Concha postuló que el Fiscal fuera un simple funcionario judicial de alto nivel, nombrado por la Corte Suprema o por el Senado, y sujeto a la superintendencia de la Corte Suprema.¹²⁶

También en la línea de asegurar la independencia del Fiscal, María de la Luz Domper y Axel Buchheister propusieron una forma distinta de nombramiento. En su informe económico sugirieron que el Fiscal Económica fuera un funcionario independiente, designado por el Presidente de la República pero a partir de una quina propuesta por un órgano colegiado que asegure su calificación, y previo a un acuerdo del Senado. Además postularon que este cargo tuviera una duración fija de años, permitiéndose una reelección; y con una remuneración acorde con el mercado.¹²⁷

En la publicación entregada en el segundo *“Día de la Competencia”*, se destacó que en el actual artículo 1° del Decreto Ley N° 211 se consagra que la Fiscalía no sólo está llamada a defender la libre competencia en las actividades económicas, cuando se cometan atentados, sino también promoverla; labor que ejecuta, entre otras actividades, a través del pronunciamiento sobre consultas y denuncias del público en general a través de un sistema de turnos de abogados y de su sitio web www.FNE.cl, donde se da una descripción detallada de los dos organismos de la competencia.

Asimismo se destacó que en este sitio se han ido incorporando los informes y requerimientos del Fiscal; la jurisprudencia de las ex Comisiones y las sentencias del Tribunal de la Competencia. Junto con esto, entre otras materias, contiene la regulación relativa a la protección de la competencia y distintas normativas sectoriales, como las exposiciones de la Fiscalía en foros nacionales e internacionales.¹²⁸

En el informe *“Política y Ley de Competencia en Chile. Exámen Inter-Pares”* del Banco Interamericano de Desarrollo y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, se definió a la FNE como el organismo encargado de investigar y promover las causas. El Fiscal debe ser abogado, es de libre nombramiento y remoción por el Presidente de la República, y se encuentra sujeto a la supervisión del Presidente, a través del Ministerio de Economía. En el ejercicio de sus funciones es independiente de toda autoridad y tribunal ante

¹²⁵ Fiscalía Nacional Económica; Texto Cit., Pág. 5, 2004.

¹²⁶ Concha, Carlos; *Op.Cit.*, Pág. 46.

¹²⁷ Buchheister, Axel; Domper, María de la Luz; *Op.Cit.*, Pág. 5.

¹²⁸ También dentro de esta actividad de promoción se inserta el desarrollo del *“Día de la Competencia”* que a la fecha ya lleva tres versiones.

el cual actúe, como una manera de garantizar que defienda los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho y según sus propias apreciaciones, y representa el interés general de la colectividad en el orden económico. Sólo para fines presupuestarios se encuentra anexada al Ministerio de Economía, ya que es una entidad autónoma. Tanto es así que el reporte destaca que el cargo de Fiscal “mantiene una tradición de independencia.”

Pero por otra parte, se señala que la Fiscalía no ha sido un organismo poderoso a pesar de que la mayoría de sus titulares han sido personas altamente respetadas e influyentes; y que hasta la fecha que se dictó la Ley N° 19.610, era considerada una organización de “nivel secundario”, que no contaba con recursos suficientes debido a que su labor no era ponderada debidamente, e incluso se hace referencia a un “consenso general” en cuanto a que esta entidad no habría aprovechado correctamente los nuevos recursos para alcanzar su importante potencial; situación que en la actualidad ya sería diferente.

Se destaca también que bajo la administración del entonces Fiscal Nacional Económico, Pedro Mattar, se reorganizó la estructura de la Fiscalía Económica en tres departamentos operativos principales: El Departamento Legal, que es el encargado de adelantar las investigaciones; el Departamento de Análisis Económico y de Mercados No Regulados, donde siete economistas trabajan junto con abogados en las investigaciones, el Departamento de Análisis Técnico y de Mercados Regulados, que en su mayoría está integrado por ingenieros industriales encargados de cuestiones normativas en general y también de colaborar en las actuaciones cotidianas de las causas; y el Departamento de Estudios y Relaciones Internacionales, destinado a desarrollar la promoción y defensa de la libre competencia y la participación internacional.

La Fiscalía debe investigar todas las denuncias legalmente válidas y puede abrir indagaciones de oficio. De acuerdo con lo reseñado en este reporte, estas averiguaciones de oficio constituían parte considerable de la carga de trabajo, el que habría disminuido considerablemente en los últimos años, situación sobre la cual se llama la atención, ya que podría deberse a la falta de iniciativa de la entidad para identificar indicios de posibles conductas ilícitas.

Al comienzo del reporte, se incluyó un actualizado posterior a la realización del Foro celebrado el 7 y 8 de abril de 2003, donde se destacan las reformas introducidas en la Fiscalía Económica para “atender aspectos señalados por el examen inter-pares” al que se sometió voluntariamente.

La primera reforma fue la creación de una oficina en el Ministerio de Economía, encargada del análisis de los posibles efectos que pudieran tener las fusiones propuestas en el ámbito de la competencia. Se reseña que en nuestro país no existe un sistema de notificación previo a las fusiones, porque no se considera necesario. Se destaca que la creación de esta oficina de

fusiones tiene una importancia especial, ya que refleja una manifestación oficial y pública del firme propósito de evaluar las fusiones de empresas.¹²⁹

La segunda fue la creación de una nueva unidad en su Departamento Legal, que analiza toda propuesta legislativa y reglamentaria que pueda tener efectos contraproducentes en la competencia y que constituiría el “establecimiento de un programa sistemático de promoción y defensa de la libre competencia”.

Otra reforma fue la adopción de un orden interno que rige la manera en que los investigadores de la Fiscalía redactan sus informes; así por ejemplo, se estableció que los investigadores siempre deben incluir en sus investigaciones información sobre el mercado respectivo y que deben coordinar sus informes con el Departamento Legal, de manera que garanticen la suficiencia jurídica de sus análisis.

Por último, la Fiscalía tomó medidas para que tanto la comunidad empresarial como la colectividad en general, esté mejor informada sobre las cuestiones jurídicas relacionadas a la competencia. Es así que el 30 de octubre de 2003 la Fiscalía Económica celebró el primer “*Día de la Competencia*” en Chile.¹³⁰

2. Atribuciones y Deberes del Fiscal Nacional Económico.

Conforme al actual artículo 39° y tal como lo señaló el reporte “*Política y Ley de Competencia en Chile. Exámen Inter-Pares*”, el Fiscal en el ejercicio de sus funciones es independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe. De esta manera puede defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones.

De acuerdo al inciso 2°, son deberes y atribuciones del Fiscal Nacional Económico:

- 1) Instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a la ley de la competencia; pudiendo obtener el auxilio de la Policía de Investigaciones, con conocimiento del Presidente del Tribunal de la Competencia;
- 2) Actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, ante el Tribunal de la Competencia y los tribunales de justicia, con todos los deberes y atribuciones que le correspondan en esa calidad;

¹²⁹ Al respecto, el Honorable Ministro Radoslav Depolo señaló en el tercer “*Día de la Competencia*” que el procedimiento no contencioso permite realizar un control previo de fusiones, de manera implícita, tal como ocurrió en los casos de fusión de VTR con Metrópolis y la toma de control de Bellsouth por parte de Telefónica Móviles; casos que se analizaran en el último capítulo.

¹³⁰ Banco Interamericano de Desarrollo y Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos; *Op.Cit.*, Págs. 29 a 37.

- 3) Requerir al Tribunal de la Competencia el ejercicio de cualquiera de sus atribuciones y la adopción de medidas preventivas con ocasión de las investigaciones que la Fiscalía se encuentre ejecutando;
- 4) Velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones que dicten el Tribunal de la Competencia o los tribunales de justicia en las materias a que se refiere la ley de la competencia;
- 5) Emitir los informes que solicite el Tribunal de la Competencia, en los casos en que el Fiscal no tenga la calidad de parte;
- 6) Solicitar la colaboración de cualquier funcionario de los organismos y servicios públicos, de las municipalidades o de las empresas, entidades o sociedades en que el Estado o sus empresas, entidades o sociedades, o las municipalidades, tengan aporte, representación o participación, quienes estarán obligados a prestarla;
- 7) Requerir de cualquier oficina, servicio o entidad de las mencionadas en el número anterior, que ponga a su disposición los antecedentes que estime necesarios para las investigaciones, denuncias o querellas que se encuentre practicando o en que le corresponda intervenir;
- 8) Solicitar a los particulares las informaciones y los antecedentes que estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique. Las personas naturales y los representantes de personas jurídicas a los cuales el Fiscal requiera antecedentes o informaciones cuya entrega pudiere irrogar perjuicio a sus intereses o a los de terceros, podrán solicitar fundadamente al Tribunal de la Competencia que deje sin efecto total o parcialmente el requerimiento.
- 9) Ejecutar y celebrar toda clase de actos y contratos sobre bienes muebles e inmuebles y sobre cosas corporales o incorpóreas que integren el patrimonio del Servicio, incluso aquellos que permitan enajenar y transferir el dominio y transigir respecto de derechos, acciones y obligaciones, sean contractuales o extracontractuales;
- 10) Llamar a declarar, o pedir declaración por escrito a los representantes, administradores, asesores y dependientes de las entidades o personas que pudieren tener conocimiento de hechos, actos o convenciones objeto de investigaciones y a toda otra persona que hubiere ejecutado y celebrado con ellas actos o convenciones de cualquier naturaleza, respecto de algún hecho cuyo conocimiento estime necesario para el cumplimiento de sus funciones;
- 11) Requerir de los organismos técnicos del Estado los informes que estime necesarios y contratar los servicios de peritos o técnicos;
- 12) Celebrar convenios o memorándum de entendimiento con agencias u otros organismos extranjeros que tengan por objeto promover o defender la libre competencia en las actividades económicas;
- 13) Convenir con otros servicios públicos y organismos del Estado la transferencia electrónica de información, que no tengan el carácter de secreta o reservada de acuerdo a la ley, para facilitar el cumplimiento de sus funciones, y
- 14) Las demás que señalen las leyes; como:

- a) Potenciar la capacidad de prevención de eventuales distorsiones de la libre competencia y la realización de estudios sobre diversos mercados sectoriales;
- b) Difundir las materias de defensa de la competencia, entre otras, la legislación, fallos, resoluciones, requerimientos, acuerdos de cooperación, actividades del Servicio; etc,
- c) Consolidar la institucionalidad del Servicio y su presencia a nivel nacional mediante la reformulación de su estructura, fortalecimiento de equipos de trabajo y mejora de sus procedimientos;
- d) Impulsar la inserción internacional del Servicio mediante la vinculación con agencias extranjeras, la participación en foros internacionales en materias de competencia, y proporcionar apoyo técnico a los equipos negociadores nacionales en los tratados internacionales, y
- e) Generar e implementar una política comunicacional destinada a mejorar la información del Servicio hacia los distintos actores y usuarios involucrados en su actividad.¹³¹

A propósito de la facultad de citar e interrogar a personas, María de la Luz Domper y Axel Buchheister postularon que era una atribución que compete exclusivamente a los tribunales y que no se justificaría su entrega a la Fiscalía. Hicieron un paralelo con la reforma procesal penal, donde esta potestad ha sido entregada al Ministerio Público, y no a los tribunales, en razón de una norma constitucional y siempre que intervenga un tribunal de garantía. Ellos postularon que en el caso que el Fiscal Económico pretendiera obtener una declaración debería recurrir al Tribunal de la Competencia para que éste la decretara, ya sea dentro del proceso o antes como una medida prejudicial, en una declaración como testigo o una confesión, y donde todas las partes tendrían derecho a interrogar al declarante. Concluyen calificando esta facultad como un privilegio procesal que afecta a la igualdad de las partes y los derechos de las personas.¹³²

Por su parte el abogado Carlos Concha estimó que con las modificaciones introducidas por la ley, se transformó a la Fiscalía en “una suerte de Superintendencia de la Libre Competencia” cuyas facultades entrarían en colisión con las del Tribunal de la Competencia.¹³³

Así, respecto a su facultad investigadora y de citar a personas a declarar, propuso que estas indagaciones se sujetaran a las garantías constitucionales de todo eventual investigado en materia penal; como la contemplada en el artículo 19 N° 7 letra f) de la Constitución Política, según la cual en las causas criminales no se podrá obligar al inculcado a declarar bajo juramento sobre hecho propio ni tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste las personas que allí se señalan; así como la de prevenir a las personas que en su

¹³¹ Fiscalía Nacional Económica; Texto Cit., Pág. 7, 2004.

¹³² Buchheister, Axel; Domper, María de la Luz; *Op.Cit.*, Págs. 39 y 40.

¹³³ Para entender mejor este comentario debe tenerse presente que en el texto definitivo se eliminaron muchas de las atribuciones, siendo la más cuestionada la de interpretar administrativamente, la que también era cuestionada por autores como Claudio Undurraga, María de la Luz Domper y Axel Buchheister.

eventual carácter de inculpado pueden concurrir asesorados por un abogado a cualquier indagatoria, conforme al artículo 19 N° 3 inciso 2° de la Constitución Política.

En la misma posición encontramos al abogado Claudio Undurraga en su informe en derecho, quién también consideró esta facultad de citar a personas a declarar como contraria al artículo 19 N° 7 letra f), destacando que lo que se debe procurar es resguardar el debido proceso y la dignidad de las personas, ambos fines perseguidos por la Constitución Política. De esta manera, toda persona citada a declarar, debe hacerlo ante el Tribunal de la Competencia en medidas prejudiciales probatorias que solicite el Fiscal, protegiendo así los derechos de los afectados por las investigaciones del Fiscal. Claudio Undurraga concluye haciendo también mención al papel de los jueces de garantía en el proceso penal actual.¹³⁴

3. El Fiscal Adjunto.

La Ley N° 19.911 derogó la figura del Fiscal Regional Económico que se encontraba contemplada en el antiguo artículo 22°, según el cual, en cada región, con la excepción de la Metropolitana, existía un Fiscal Regional que actuaba cumpliendo las funciones propias del Servicio en el respectivo territorio regional, bajo la dependencia del Fiscal Nacional Económico, a cuyo control y vigilancia estaba sometido. El Fiscal Regional ejercía su labor independientemente de las actividades que llevaran a cabo los funcionarios de la FNE que estuvieran destinados o comisionados a ejecutar servicios determinados en regiones.

El Mensaje del proyecto justifica esta eliminación en la optimización de los recursos del Estado y la esporádica carga de trabajo de la Fiscalía en regiones. Es por este motivo que se reorganiza el funcionamiento de una manera más flexible, creando la figura del Fiscal Adjunto, que es designado por el Fiscal Económico, quien le delegará las atribuciones que considere convenientes, en casos que por su importancia, complejidad o urgencia sea necesaria una dedicación exclusiva. Según el Mensaje, de esta manera y junto con las nuevas facilidades tecnológicas y de comunicación actuales, será posible una mejor distribución y eficiencia de los recursos públicos y ganancias de productividad social que estarán focalizados adecuadamente.

Termina el Mensaje señalando que de ninguna manera se pretendió que las regiones vean mermado su acceso a los organismos de defensa de la competencia, y que por el contrario lo que se pretendió es que con la eliminación de las Comisiones Preventivas Regionales y de los Fiscales Regionales, que tenían una carga de trabajo esporádica, sean reemplazados por un Tribunal fortalecido, una Fiscalía dedicada exclusivamente a labores

¹³⁴ Sobre este punto, debe recordarse lo señalado a propósito de las sanciones o medidas y más precisamente sobre el tema de las multas, que en opinión de Carlos Concha y de Claudio Undurraga permiten calificar a la ley de la competencia como una ley penal.

que le son propias y un Fiscal Adjunto, pero además se incorpora la posibilidad de presentar consultas y denuncias a través de las Gobernaciones Provinciales e Intendencias Regionales, en busca también de una reorientación de los recursos y una defensa más efectiva de la libre competencia.¹³⁵

De esta manera, el actual artículo 34° consagra la figura del Fiscal Adjunto, que será nombrado por el Fiscal Nacional para que actúe en cualquier ámbito territorial cuando la especialidad y complejidad o urgencia de una investigación así lo requiera; y que contara con las atribuciones que el Fiscal le delegue.

Por su parte, el artículo 45° establece que las presentaciones de particulares que vayan dirigidas a la Fiscalía Económica pueden ser presentadas en las Intendencias Regionales o Gobernaciones Provinciales respectivas, cuando el domicilio del peticionario se encuentre ubicado fuera de la ciudad asiento de dicha entidad. Tratándose de presentaciones que deban hacerse dentro de un plazo determinado, se entenderán efectuadas desde la fecha de presentación en la respectiva Intendencia o Gobernación.

El Intendente o Gobernador, según sea el caso, deberá designar a un Secretario Regional Ministerial, jefe de servicio o abogado de su dependencia, según proceda, para la recepción y emisión de dichas comunicaciones dentro de las veinticuatro horas de recibidas, a la Fiscalía.

4. Procedimiento.

En la publicación entregada en el Segundo *“Día de la Competencia”*, se reseña cual es el procedimiento seguido ante la Fiscalía.

De acuerdo con la actual ley de la competencia, la FNE, como la representante del interés general en materia del orden público económico, está facultada para desarrollar investigaciones por propia iniciativa; pero así también cualquier persona natural o jurídica puede denunciar ante ella la ocurrencia de hechos o actos que en su opinión hayan atentado contra la competencia en los mercados, debiendo recibir e investigar, cuando corresponda, dichas denuncias. Esto, sin perjuicio que remita a las autoridades competentes las que deban ser conocidas por otros organismos, en razón de su competencia.

Estas denuncias no deben cumplir otra formalidad como no sea señalar, con claridad:

- 1) La identificación del denunciante;
- 2) El mercado específico en el que desarrollan los hechos;
- 3) La individualización de los agentes económicos involucrados; y
- 4) Los hechos que constituirían las conductas contrarias a la competencia.

Junto con esto, y cuando fuera posible, se debe acompañar la documentación y antecedentes relativos al asunto que se encuentren en poder del denunciante.

¹³⁵ Diario de sesiones del Senado; Texto Cit., Pág. 105.

El Fiscal Económico podrá ordenar una serie de diligencias, como son:

- a) Requerir a través de oficio, ya sea de los denunciados o de cualquier persona natural o jurídica, la información o antecedentes necesarios para los fines de la investigación;
- b) Solicitar la colaboración de cualquier funcionario de los organismos o servicios públicos, de las municipalidades o de las empresas, entidades o sociedades en que el Estado o sus empresas tengan participación, quiénes estarán obligados a prestarla;
- c) Recabar y ejecutar por medio de los funcionarios de la propia Fiscalía, el examen de toda documentación, elementos contables y otros que estime necesarios;
- d) Citar a prestar declaración a cualquier persona, por sí o en representación de personas jurídicas; y
- e) Solicitar a la Dirección General de la Policía de Investigaciones de Chile que ponga a disposición del Fiscal Nacional el personal que éste requiera para realizar las investigaciones.

Todo esto es sin perjuicio de que tanto los denunciados como los denunciados pueden hacer presentaciones a objeto de argumentar acerca de sus posiciones frente al caso, o de allegar antecedentes.

Conforme al actual artículo 42° la FNE está facultada para apremiar con arresto de hasta 15 días a las personas que entorpezcan las investigaciones que ella esté instruyendo. Dicha orden de arresto debe ser dada por el juez de letras con jurisdicción en lo penal que sea competente según las reglas generales, a requerimiento del Fiscal Nacional y previa autorización del Tribunal de la Competencia.

Una vez agotada la investigación, si los hechos a su juicio son susceptibles de constituir una conducta atentatoria de la competencia, podrá deducir el requerimiento respectivo ante el Tribunal de la Competencia, dando inicio al procedimiento contencioso ya visto.¹³⁶

¹³⁶ Fiscalía Nacional Económica; Texto Cit., Págs. 8 y 9, 2004.

CAPÍTULO IV:

UN ANÁLISIS A LAS RESOLUCIONES N° 1/2004 Y N° 2/2005 DEL TRIBUNAL DE LA LIBRE COMPETENCIA.

En este capítulo se hace un análisis a dos resoluciones del Tribunal de la Competencia, ambas recaídas en procesos no contenciosos; la primera es la resolución que se pronunció sobre la fusión de VTR con Metrópolis S.A.; y la segunda se refiere al proceso de adquisición de Bellsouth S.A por parte de Telefónica Móviles S.A.

Tal como se señaló, ambos procedimientos por ser no contenciosos, se iniciaron a solicitud de las partes interesadas con el fin que el Tribunal se pronunciara sobre la factibilidad de llevar a cabo las operaciones de fusión y absorción respectivamente, haciendo uso de las prerrogativas del actual artículo 32 según el cual no acarrearán responsabilidad los actos o contratos que se ejecuten o celebren de acuerdo con las decisiones del TDLC.

Además en ambos casos la FNE actuó en su calidad de órgano consultor.

A. RESOLUCIÓN N° 01/2004 DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA RELATIVA A LA FUSIÓN DE VTR CON METRÓPOLIS.

A.1. LA CONSULTA.

El 12 de diciembre de 2003 Davor Harasic y Max Letelier comunican a la Comisión Preventiva Central las conversaciones preliminares iniciadas entre CristalChile Comunicaciones y Liberty Media, accionistas por iguales partes de Metrópolis Intercom, para la eventual fusión de Metrópolis Intercom (“MI”) y VTR S.A (“VTR”). La consulta de Liberty Comunicaciones de Chile Limitada (“Liberty”) y de CristalChile Comunicaciones S.A (“CristalChile”) es presentada el 09 de enero de 2004 a la Comisión, comunicando que se alcanzó un principio de acuerdo para fusionar ambas compañías y solicitando que la H. Comisión Preventiva Central se pronuncie sobre si la operación puede infringir el Decreto Ley N° 211.

La operación consultada tiene su origen en la suscripción de un contrato en los Estados Unidos de América, mediante el cual Liberty se constituyó en controlador de VTR (empresa que era accionista en un 50% de MI) sin que a la fecha de la consulta se hubieran definido las estructuras legales ni la organización financiera de la empresa fusionada.

Argumentos de las consultantes:

- i) Señalaron que la fusión era una consecuencia natural frente a la realidad del mercado, toda vez que VTR y MI eran empresas pequeñas compitiendo en mercados grandes, dinámicos y contra actores poderosos.
- ii) Dentro de las estimaciones preliminares de cuales serían la eficiencias que se lograrían con esta operación, mencionaron mejoras en materia de gestión, de operación y mantención de redes, y disminución en la rotación de clientes “golondrina” logrando ahorros en fuerza de venta, instalación y desconexión de los mismos; siendo sus fuentes principales la eliminación de duplicidades en activos y en operaciones, y las economías de escala y de ámbito.
- iii) Destacaron los avances tecnológicos de la industria de telecomunicaciones que permite el otorgamiento del llamado “triple pack”, esto es, de televisión, Internet y telefonía fija; y por otra parte la posibilidad de transmitir señales de video en la modalidad de televisión pagada o TPV¹³⁷ a través de distintas tecnologías¹³⁸ cuyo ingreso inminente y especialmente la amenaza del ingreso al mercado del video de Telefónica CTC, constituía una razón de fuerza para esta fusión, ya que “de otra manera no tendrían capacidad de enfrentar esta futura competencia”.¹³⁹
- iv) Mencionaron el estancamiento de la TVP por cable, lo que unido al análisis de los mercados de Internet y telefonía, hacía “aparecer a VTR y MI como empresas pequeñas enfrentadas a competidores de gran tamaño y fuerte crecimiento, que gozan de escalas que se constituyen en ventajas competitivas permanentes frente a aquellas”, y si bien reconocieron que ambas eran poderosas en el ámbito de la TVP, postularon que esta actividad sólo correspondía a un segmento pequeño dentro de un mercado más amplio, el de distribución de video en general, reiterando que éste mercado estaba estancado.¹⁴⁰
- v) Haciendo una referencia más precisa del mercado relevante, señalaron que éste se inscribía dentro del mercado del video, donde competían los canales de TV abierta (principal competidor), las empresas de TVP por cable, de TVP satelital y digital, de arriendo de video y otras basadas en tecnologías emergentes. De acuerdo a esta definición, las empresas de TVP tenían una participación del 8% del mismo.
- vi) No existían barreras a la entrada significativas, ni tecnológicas ni de contenido, lo que a su juicio se demostraba con el crecimiento de la televisión satelital en el período 1997-2003 y el ingreso del canal satelital ZAP.
- vii) Finalmente hacen referencia a externalidades positivas que se producirían en otros mercados relevantes; como que en el mercado de la telefonía la operación permitiría a la empresa resultante fortalecer la actual presencia de VTR en telefonía fija, con lo que podría desafiar la posición dominante de CTC

¹³⁷ Servicio de programación, ya sea por cable o satelital, al cual el usuario tiene acceso mediante el pago de una tarifa.

¹³⁸ Tecnología xDSL; Televisión satelital y Televisión Digital.

¹³⁹ Las consultantes argumentan que las compañías telefónicas ya establecidas tienen una gran potencialidad para ofrecer señales de video mediante la incorporación de la tecnología xDSL a sus redes.

¹⁴⁰ Se hace referencia a un mercado relevante mucho más amplio, que sería el del video en general, lo que en más adelante se verá, es rechazado por el TDLC.

Telefónica en dicho segmento, donde la ausencia de sustitutos cercanos la mantiene como dominante natural. Y en cuanto a Internet, se transformaría en un mayor competidor.

A.2. INFORME DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA.

A.2.1. Información Recabada por la FNE.

La FNE solicitó a las empresas del mercado de telecomunicaciones que manifestaran su opinión sobre la operación.

Dentro de las empresas de TVP; ZAP y CMET manifestaron la conveniencia de establecer resguardos en caso de aprobarse la fusión; mientras que SKY propiamente no manifestó una opinión y se limitó a describir que la fuerte competencia produciría en una primera instancia la desaparición de los cables operadores menores y posteriormente su propia desaparición.¹⁴¹ Por su parte, VTR Galaxy Chile S.A prestadora y licenciataria en Chile de la televisión satelital DirecTV, se abstuvo de pronunciarse por su vínculo con una de las consultantes.

En cuanto a las empresas de telecomunicaciones; Telefónica del Sur hizo referencia a que la operación infringía a la libre competencia, tanto respecto a la medida precautoria decretada en la causa Rol N° 533-97 de la Comisión Resolutiva, como por la fusión misma, afectando no sólo al mercado de TVP de cable, sino también a las telecomunicaciones en general. Por su parte CTC aclaró que no le es posible ofrecer el servicio de TVP a través de sus líneas telefónicas por no serle rentable, y que de aprobarse la operación, debía decretarse la libertad tarifaria para el servicio de telefonía y de TVP por cable. Finalmente, ENTEL se mostró contrario a la fusión y propuso que de aprobarse se estableciera la desagregación de redes.

La Subtel en un primer oficio ORD. N° 31576 de 08 de marzo de 2004, indicó que debido a la organización de los mercados de telefonía local e Internet, la empresa fusionada tomaría una importancia significativa reduciendo en términos relativos la situación de dominancia en el mercado del acceso, por lo que sugirió una serie de condiciones para asegurar que la operación conlleve aspectos positivos, tales como la no discriminación para los usuarios, garantías de apertura para el desarrollo de Internet y la desagregación de redes.

Posteriormente, a través del oficio ORD. N° 32874 de 28 de abril y a solicitud de la FNE, profundizó su opinión en cuanto a la ampliación de la competencia en telefonía e Internet y sobre la sugerencia de la desagregación de redes, aclarando que se refiere a las redes que utilizan los concesionarios de servicio de público telefónico local para la prestación de servicios vinculados a sus concesiones, descartando expresamente haberse referido a la

¹⁴¹ Se destaca que dentro de los inversionistas de SKY se encuentra Liberty.

desagregación de los servicios de televisión¹⁴². En cuanto al mercado relevante, precisó que son los de telefonía y acceso a Internet, particularmente en banda ancha, agregando que el elemento principal de la desagregación, el par de cobre, también es relevante para los operadores competidores del dominante, ya que les permitiría competir en zonas donde sólo hay presencia del dominante, tanto en el mercado de la telefonía como de la banda ancha con tecnología ADSL, usando la desagregación de redes.

A.2.2. Mercados y Sectores Eventualmente Afectados por la Fusión.

a) Distribución de contenidos de video: Se realiza a través de distintas formas, como son la TV por cable, satelital, digital, abierta y por arriendo de video, sin que sean sustituibles entre sí por su diferencia en el precio y sus términos de uso.

En el informe se especifica que en el mercado de la televisión de pago, VTR en conjunto con TV Max, tiene una participación cercana al 58,3%; MI 30,1%; la TV satelital 8,1% y otros operadores 3,5%.

b) Distribución de Internet: Había unos 30 proveedores de este servicio; a través de dos tecnologías: conexión conmutada o de red telefónica tradicional, asociada a velocidades inferiores a la banda ancha; y la conexión dedicada o canal exclusivo de uso de transmisión de datos de un suscriptor que permite el uso simultáneo de telefonía y de transferencia de datos; siendo VTR el líder del mercado de acceso a Internet por banda ancha¹⁴³, con cerca de un 38%, luego estaba ENTEL con un 15,54%, TERRA con 14,26% y MI con 12,62%; junto con una serie de otros operadores que se repartían el resto.

c) Telefonía local: Mientras que VTR ofrecía el servicio de telefonía fija, MI no prestaba el servicio a través de su red y había recurrido a una alianza con CTC, aunque si ofrecía telefonía VoIP¹⁴⁴. Telefónica CTC concentraba el 78,2% y VTR le seguía con un 6,7% de este mercado.

A.2.3. El Mercado de la Televisión por Cable.

VTR y MI prestaban servicios a distintas zonas geográficas, habiendo zonas donde sólo tenía presencia una de las dos, en otras existía superposición y en algunas no actuaba ningún operador; aunque VTR tenía mayor presencia.

a) Mercado relevante del producto: El de la distribución de videoprogramas en múltiples canales a través de TV por cable, conclusión a la que llega luego

¹⁴² En el diario Financiero del 03 de abril de 2006 se señaló que en la Subtel estaría “circulando” un documento que plantearía un concepto de desagregación más amplio que el tradicional, ya que también comprendería a la TV por cable y las redes de VTR, y que de ser cierto reflejaría un claro cambio en la postura de dicho organismo.

¹⁴³ “Broad Band” canal de transmisión que permite la transmisión de voz, datos y video de calidad

¹⁴⁴ Es el suministro de telefonía de voz a través de las redes con protocolo Internet (IP), sin que se use la red telefónica tradicional, y debiendo utilizar un computador para finalizar la transmisión.

de analizar la sustituibilidad entre la TV por cable, TV pública, TV pagada por satélite y el arriendo de video, DVD o visitas al cine.

b) Mercado geográfico relevante: El territorio nacional, que como se dijo tenía niveles de competencia disímiles.

c) Concentración del mercado de TV por cable: La FNE constató que la fusión aumentaría el riesgo de conductas anticompetitivas:

- i) El incremento de la participación de mercado, en términos absolutos, sería significativo.
- ii) También lo sería el aumento de la participación de mercado en términos relativos a las restantes empresas del mercado.
- iii) Las partes interesadas eran competidores cercanos que representaban entre sí la mejor alternativa para una serie de consumidores; opción que se perdería con la fusión.

d) Barreras a la entrada: Es un mercado con características de monopolio natural, pero con costos decrecientes no relevantes. Tiene importantes costos hundidos que hacen al mercado no contestable a gran escala.

e) Competencia potencial a la TV por cable: Si bien Liberty señala que la TV abierta puede distribuir contenidos de video a través de la TV digital y que las empresas de telefonía, principalmente CTC, pueden ofrecer TV pagada por la incorporación de nuevas tecnologías, en opinión de la FNE se trata de desarrollos incipientes y más propios de países desarrollados, por lo que la factibilidad de su incorporación en Chile a corto plazo, era incierta.

A.2.4. Análisis de Eficiencia Económica.

La FNE realizó un análisis de eventuales abusos del poder mercado.

Respecto de los consumidores, efectuó un análisis de la elasticidad precio de la demanda, esto es, la proporción de consumidores que dejarían el servicio ante el aumento del precio, y que sería importante; aunque reconoce que no contaban con información que les permitiera verificar empíricamente la elasticidad precio de la demanda, hacen afirmaciones como que al concentrarse la TV pagada en hogares de mayores ingresos, una proporción importante de consumidores serían menos sensibles a los aumentos de precios.

En cuanto el excedente de los consumidores, se consideró la conveniencia que hubiera dos empresas compitiendo o una sola. Para hacer esto, se compararon los precios, número de canales ofrecidos y el precio por canal en zonas geográficas del país, concluyendo que:

- En promedio, en las zonas con competencia el precio del servicio es un 7% inferior a zonas donde no la hay.
- El número medio de canales es 20% más alto cuando hay competencia.
- El precio real promedio por canal de VTR es 15% más caro en zonas sin competencia.

Si bien esta evidencia justificaría una regulación tarifaria para la empresa de TV cable, la experiencia internacional demuestra concluyentemente que los

costos de regulación de servicios son mayores que los beneficios y además no resulta efectiva.

Se destacó que en la jurisprudencia internacional se han dado casos de fusiones en que una empresa se encontraba en falencia y el único comprador posible resultaba ser su competidor; situación que no fue argumentada en este caso, ni tampoco existían antecedentes de ello.

Consignaron el hecho que la TV por cable presenta escasa desafiabilidad de competencia directa, es difícil de fiscalizar la calidad del producto que se entrega a los consumidores y no es un bien esencial, aunque la “no escenciabilidad del bien” no es considerada en la legislación y jurisprudencia antimonopolios chilena actual como elemento de ponderación de eventuales abusos anticompetitivos, aunque sí lo fue bajo la vigencia del antiguo texto del DL N° 211.

Respecto a las economías de escala, que incluyen a la economías de densidad y de distancia, aunque por regla general es un tema atingente, no lo sería para este caso ya que según la experiencia internacional alcanzaría un máximo de un 5,05% para una superposición total de redes, lo que se confirmaría por la existencia de pequeñas compañías de TV por cable que operaban en regiones. Aunque no se demostró la existencia de economías de escala en el mercado de la TV por cable, Liberty argumentó que sí existirían en la provisión conjunta de TV por cable, telefonía e Internet banda ancha (el llamado “triple pack”) ya que “en un rango de un millón de clientes la curva de costos medios tiende a lograr su mínimo”; siendo un hecho evidente que tanto en Chile como en el resto del mundo las empresas de TV por cable han incursionado en los servicios de Internet y de telefonía fija, tanto inalámbrica como VoIP. Así también existe evidencia que la utilización de la tecnología del cable para proveer otros servicios presenta economías de alcance importantes.

En opinión de la Subtel, tomando en cuenta la organización de los mercados de telefonía local e Internet a esa fecha, la fusión llevaría a una reducción relativa de la situación de dominancia en el mercado de acceso que existía entonces; en consecuencia se aumentaría la competencia en el acceso y con ello el beneficio social.

Respecto a los aspectos competitivos que la desagregación de redes acarrearía en opinión de la Subtel, la FNE hace notar que VTR ya antes de la operación explotaba esas eficiencias a través del “triple pack”, así como también MI al proveer TV por cable e Internet Banda Ancha.

Al analizar la información entregada, la FNE concluyó que los ahorros allí previstos eran sobreestimados, especialmente lo referente a los costos necesarios para pasar de una red unidireccional a bidireccional que permitiera proveer los servicios de telefonía e Internet banda ancha.

Por este motivo, la FNE señaló la conveniencia de complementar la información entregada, en lo referente a las inversiones proyectadas y los beneficios para la telefonía e Internet banda ancha.

A.2.5. Probables Efectos de la Fusión sobre la Competencia.

A pesar de la falta de evidencia sobre las probables ganancias de eficiencia, la FNE previó como efectos:

- 1) El poder de mercado de la empresa fusionada: Se crearía una empresa dominante que tendría prácticamente la totalidad del mercado de TV por cable. El ejercicio de este poder dependería de la elasticidad de los consumidores.
- 2) Potenciales efectos negativos de la fusión: En consecuencia el poder de mercado de la empresa se podría traducir en potenciales efectos anticompetitivos, como la fijación de precios por sobre el nivel de competencia o la disminución de la calidad de los contenidos en la televisión por cable, entre otros.
- 3) Potenciales efectos anticompetitivos en el mercado de adquisición de contenidos: La posición dominante de la empresa fusionada podría traducirse en una importante barrera de entrada, ya que sería presumible la existencia de poder monopsónico en los contratos con los proveedores de señales a nivel nacional.
- 4) Potenciales efectos anticompetitivos en mercados relacionados: Se presume que de obtener ganancias sobrenormales, la empresa podría destinarlas a alterar las condiciones de competencia en mercados relacionados, por ejemplo, subsidiando el valor del servicio de Internet banda ancha o de telefonía. Otra forma de pérdida de excedente del consumidor sería una venta atada del servicio donde tiene poder de mercado, obligando al cliente a comprar dos o más servicios sin poder contratar el servicio individualmente.
- 5) Efectos sobre los mercados de telecomunicaciones relacionados: Mientras que la postura de Liberty es que la fusión tendría efectos potenciales positivos, para la FNE no se aprecian efectos pro-competitivos. Los beneficios de la fusión, desde el punto de vista de una eficiencia estática, serían sustancialmente menores a los costos y riesgos supuestos; aunque la información proporcionada no le permitió descartar la existencia de eficiencias dinámicas, siendo necesaria mayor información.

A.2.6. Síntesis y Conclusiones.

- 1.- El mercado de la TV por cable no presenta economías de escala relevantes.
- 2.- Las dos empresas ya aprovechaban las economías de ámbito.
- 3.- La existencia de costos hundidos importantes hacían poco probable la entrada de nuevos competidores en TV por cable.
- 4.- Los gastos de administración y ventas no tenían una magnitud relevante en relación a los costos fijos, y su ahorro por sí solo no justificaba la fusión que podría afectar la competencia de la TV por cable.
- 5.- Las consultantes no demostraron que la fusión provocaría mayor competencia futura en las telecomunicaciones.
- 6.- Tampoco demostró que las empresas estuvieran en falencia y que la fusión fuera su única manera de subsistir.
- 7.- No se justificó apropiadamente que la elasticidad precio de la TV por cable impidiera a la empresa fusionada ejercer poder de mercado.

8.- La fusión provocaría menos posibilidades de elección a los usuarios de TV por cable.

9.- Estaría demostrado tanto a nivel nacional como internacional que donde opera un solo proveedor los precios son mayores que donde hay dos o más; y de haber eficiencias por la existencia de un solo operador éstas no serían traspasadas a los usuarios.

10.- En las zonas donde existió superposición de operadores de la TV por cable, se dio competencia entre ellas.

11.- La fusión, a través de subsidios cruzados, podría tener efectos anticompetitivos en otros mercados relacionados.

La FNE concluyó que la fusión no debía ser aprobada; y debido a que Liberty ya era dueña de VTR y poseía el 50% de la propiedad de MI, recomendó que se dispusiera que Liberty optara por una de ellas.

Para el caso que Liberty demostrara la existencia de diversas sinergias y ampliara la información entregada, recomendó que la fusión fuera aprobada con prevenciones:

i) Restringir la participación del grupo controlador de la empresa fusionada en compañías operadoras satelitales nacionales.

ii) Prohibir la participación de la empresa fusionada por sí o por empresas relacionadas, en las empresas dominantes de telefonía fija y prohibir la participación de éstas o sus relacionadas en la empresa fusionada.

iii) Prohibir a la empresa fusionada celebrar por sí o empresas relacionadas, acuerdos o alianzas con las empresas dominantes de telefonía fija en mercados de telefonía fija e Internet banda ancha.

iv) Disponer que la empresa fusionada constituyera sociedades anónimas abiertas o cerradas regidas por las normas de sociedad anónimas abiertas para cada uno de los servicios de TV por cable, banda ancha y telefonía.

v) Que la empresa fusionada realizara una oferta mayorista, de carácter público, no discriminatoria y de acuerdo a los precios competitivos de mercado de acceso a Internet para cualquier ISP.

vi) La empresa fusionada debía estar impedida de usar su poder monopsónico sobre terceros programadores¹⁴⁵ nacionales que vendan señales o producciones de TV pagada, para negar injustificadamente la compra u ofrecer un precio que no tuviera relación con las condiciones competitivas de mercado.

vii) La empresa fusionada debía renunciar a cualquier exclusividad respecto de derechos de retransmisión televisiva de largometrajes cinematográficos y canales temáticos u otros producidos por cualquier empresa de contenidos, estuvieran o no relacionadas con Liberty; condición no aplicable a la transmisión exclusiva de eventos específicos.

viii) Si la empresa fusionada fuera designada como distribuidora exclusiva para el territorio nacional de canales producidos o distribuidos por los proveedores de contenido, que no pudiera negar su venta a sus competidores, ni aplicarles

¹⁴⁵ Aquellos programadores de contenidos audiovisuales no controlados por la empresa fusionada o sus controladores.

un precio distinto al de mercado competitivo; pudiendo los competidores adquirirlos directamente en el mercado de origen.

ix) La empresa fusionada estaría obligada a ofrecer la TV por cable de manera separada cuando ofreciera un “pack” con telefonía o Internet banda ancha.

x) Los costos relativos a la integración de las dos compañías no podían ser traspasados a sus abonados.

xi) Según lo informado por Liberty, que la empresa fusionada no pudiera alzar las tarifas ni disminuir la calidad programática en las zonas actualmente abastecidas, durante los tres años siguientes a la fusión, fuera de la variación del IPC y de los costos de programación.

A.3. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL.

A.3.1. Considerandos.

3.1.1. Mercados Relevantes y Otros Mercados Afectados.

a) Mercado Relevante de la Televisión Pagada.

Este mercado incluye los servicios de televisión con tecnología analógica o digital, tanto vía cable como satelital o terrestre, así como los servicios interactivos comercializados conjuntamente con los anteriores; que distribuyen señales nacionales e internacionales de televisión.

Las plataformas tecnológicas a través de las cuales se prestan estos servicios son el HFC y pares de cobre. Otras posibilidades, como PowerLine Communications, aún no se encontraban masivamente desarrolladas. La diferencia entre ambas tecnologías dominantes se encuentra en que el uso de la plataforma HFC genera economías de densidad más fuertes ya que utiliza el sistema de “casas pasadas”, a diferencia de la plataforma de pares de cobre en la cual debe existir un par de cobre por usuario hasta el centro de conmutación.

Los prestadores de televisión por cable eran 23. VTR tenía un 68% del mercado y MI un 32%, mientras que las restantes empresas tenían una participación marginal. En Chile existían zonas con superposición de redes de ambas empresas y otras donde operaba sólo una de ellas.

La demanda de la TV por cable se concentraba en los estratos socioeconómicos altos con un 74,9% de penetración, mientras que en el medio era de un 43,8% y en el bajo de sólo un 21,3%.

La grilla programática de ambas empresas no era la misma, aunque algunos canales más valorados eran ofrecidos por las dos.

En cuanto a la delimitación del mercado relevante, como no se tenía información sobre la elasticidad cruzada de la TV pagada y otros bienes, no era posible utilizar un criterio de sustituibilidad de la demanda y oferta, por lo que se debió realizar un análisis cualitativo enfocado en las características de precio, calidad y uso.

Los principales sustitutos de la TV pagada, son la TV abierta, arriendo de videos y el cine, conformando el mercado del video. No existían en la causa antecedentes para determinar el grado de sustituibilidad pero sí se pudo aseverar que no son sustitutos perfectos. Es así que algunas familias consumen dos o más de ellos, y en particular casi todos los hogares suscritos a un servicio de televisión pagada tienen acceso a la TV abierta también.

Por otra parte, la programación de los distintos canales de distribución de video son distintas entre sí, y la mayoría de sus programas no están disponibles en la TV abierta.

Se realizó una comparación de los distintos bienes mencionados por las consultantes como sustitutos o potenciales sustitutos de la TV por cable:

1) TV por cable y TV abierta:

Concluyó que son productos diversos por tener grillas programáticas diferentes en cantidad, variedad, especialidad y oportunidad, lo que hace que los consumidores perciban a la TV pagada como un producto distinto y estén dispuestos a pagar una cantidad considerable de dinero para acceder a ella, independientemente de la cantidad de horas que destinen a su uso, el que es relativamente menor al que dedican a la TV abierta.

Existiría una sustituibilidad ocasional entre los programas de TV abierta y de TV cable, pero ésta última no es sustituible por la TV abierta, desde el punto de vista de la demanda.

2) TV por cable y TV pagada por satélite:

La TV pagada por satélite y/o microondas son plataformas cuyo desarrollo no presenta barreras legales ni tecnológicas significativas para que ingresen nuevos competidores que puedan desafiar la posición dominante de la empresa fusionada, aunque esta tecnología implica mayores costos para los usuarios. A esa fecha, los prestadores de TV satelital, por medio de microondas, eran Direct TV, Sky, Zap y TV Max.

Aunque operan de diferente manera, ofrecen un producto similar; sólo que en este caso el tendido de cable es reemplazado por una señal que transmite el emisor a una red satelital que la retransmite a antenas parabólicas instaladas en la casa del abonado.

Así también, la relación comercial entre operador y abonado es muy similar, por lo que el financiamiento y gestión de ambas empresas es muy parecido; así como también la oferta programática de ambas.

El gran elemento diferenciador se encuentra en que la TV satelital presenta un costo inicial mayor por la necesidad de instalar una antena y uno o más decodificadores, mientras que en la TV por cable solo se incurre en el costo de instalación y eventualmente en una boca adicional, aunque nada impide que los operadores de TV satelital por sí o por asociación con terceros puedan ofrecer financiamiento para los costos de instalación. Además, en muchos países desarrollados la penetración de la TV satelital supera a la TV por cable.

Se concluye que a esa fecha la TV satelital era el sustituto más cercano a la TV por cable, sustituibilidad que se incrementaría en el futuro en la medida que las diferencias de precios disminuyan y los costos para acceder a la TV satelital se acerquen a los de la TV por cable.

Potencialmente la TV de pago se podría transmitir por distintas tecnologías; por ejemplo la TV abierta podría distribuir contenido de video a través de la TV digital y las empresas de telefonía podrían ofrecer TV pagada incorporando tecnologías.

3) TV pagada por cable y arriendo de Video, DVD o visitas al Cine:

No se los puede considerar como sustitutos, ocasionalmente habría cierta sustituibilidad pero el conjunto de contenidos que ofrece la TV por cable hace que estos servicios no sean sustitutos.

Mercado Relevante: El TDLC consideró que el mercado relevante de la TV por cable es el de **la TV pagada**, es decir, la distribución al abonado de múltiples canales, a cambio de un pago mensual y a través de un cable, satélite u otra plataforma tecnológica idónea.

b) Mercado Relevante de la Banda Ancha.

Aunque el servicio de Internet conmutado es un sustituto a la banda ancha, su gran diferencia en velocidad determina que sean mercados distintos. Es así que el número de suscriptores de Internet conmutada cayó de 679 mil en septiembre de 2001 a 493 mil en marzo de 2004, esperándose que a fines de 2005 su número sea superado por los usuarios de banda ancha, basándose en el hecho que en el mismo período los usuarios aumentaron de 50 mil a 380 mil; tendencia similar a la de otros países¹⁴⁶.

En conclusión, la Internet conmutada es un sustituto de la banda ancha, pero no muy cercano; y en el futuro el estándar debiera ser la banda ancha. A esa fecha los proveedores de servicio de acceso a Internet conmutado y banda ancha eran más de 30, observándose en los últimos años un estancamiento del tráfico cursado por conexiones conmutadas y un fuerte crecimiento del acceso por la modalidad dedicada.

El líder en el mercado del acceso conmutado, a través de la red pública telefónica, era Terra con 35%; luego lo seguía ENTEL con 30,1%.

El mercado de banda ancha asegura al usuario una conexión permanente a Internet a una velocidad de 128 kbps o más, a través de tres tecnologías, xDSL, cable MODEM y WLL. VTR era el líder de banda ancha con 38%, seguido por ENTEL con 15,54%, TERRA 14,26% y MI con 12,26%.

c) Mercado de la Telefonía Local.

¹⁴⁶ Según el reporte de la OECD de junio de 2005, la penetración de las conexiones de banda ancha estuvo entre un 15% y 20%; así de las 4,1 millones de viviendas existentes, sólo 520.000 están conectadas, es decir alrededor de 12,5% del total. En base a estos datos, se plantea la existencia de un “club” de la información, ya que un 87,5% de los hogares no cuenta con banda ancha, lo que daría lugar a una desigualdad social. El reporte de IDC consignó un aumento de los precios medios y una consecuente contracción del crecimiento de las conexiones en último trimestre de 2005 de 8,8% en contraposición al 10,6% anterior. Diario Financiero, 17 de noviembre de 2005.

A esa fecha operaban 14 de las 18 concesionarias autorizadas a operar, y Telefónica CTC concentraba el 78,2%, seguido por VTR con 6,7%; siendo su mercado objetivo los clientes residenciales.

Un sustituto imperfecto de la telefonía fija es la telefonía móvil, y cada día es un sustituto más cercano. Así el promedio mensual de minutos cursados por telefonía móvil fue de 607 millones en el primer trimestre de 2004 y de la telefonía fija, 2.081 millones. La primera cifra representa un aumento de 39% con respecto al 2001, y el tráfico de telefonía fija disminuyó 14% en el mismo período.¹⁴⁷

Mercado Relevante Geográfico.

De los tres casos anteriores, el mercado relevante geográfico es el nacional, aunque hay zonas con niveles disímiles de competencia.

Relación entre los tres mercados.

Están estrechamente relacionados tanto en la oferta como en la demanda; es así que las empresas de cable ofrecen telefonía fija y banda ancha, y las empresas de telefonía fija ofrecen banda ancha y podrían ofrecer TV multicanal pagada.¹⁴⁸

Respecto a la demanda, existe algún grado de sustitución, así la banda ancha sirve como medio de comunicación y entretenimiento, siendo un sustituto en algún grado, de la TV pagada y la telefonía.

d) Otros Mercados Afectados.

1) Adquisición de Contenidos por Parte de las Empresas de TV Pagada.

Este mercado podría verse afectado, ya que el acceso de contenidos es una condición necesaria para que exista competencia potencial o efectiva en la industria de la TV pagada.

La FNE determinó relaciones de Liberty con una serie de propietarios de contenidos (por poseer directa o indirectamente un porcentaje del derecho a voto o capital, o por participación); relación que puede constituirse en una

¹⁴⁷ Según el informe trimestral de transporte, comunicación y turismo elaborado por el INE, en los meses de julio-septiembre de 2005 el número de celulares se incrementó en 23% respecto a la misma fecha del año pasado, alcanzando los 10 millones 723 mil aparatos, mientras que el número de líneas de telefonía fija creció en 177 mil respecto a la misma fecha de 2004, alcanzando un total de 3 millones 430 mil. Además se registró un crecimiento de un 43,8% en la cantidad de llamadas realizadas al interior del país desde teléfonos fijos y 56,2% desde celulares, aunque la duración de las llamadas es mayor en el caso de los primeros, con un 56,6% del tiempo de comunicación telefónica fija y sólo un 43,4% desde celulares. Diario Mercurio y Financiero, 26 de noviembre de 2005.

¹⁴⁸ Efectivamente Telefónica CTC anunció que a mediados de 2006 ingresará a la televisión digital y la TV a través de ADSL, “para competir en igualdad de condiciones con VTR y su “triple pack”, a través de un proyecto similar a “Imagenio” (proyecto que agruparía telefonía fija, televisión pagada y banda ancha).”

barrera a la entrada que ya existe pero que puede intensificarse con la fusión consultada.

Existiría la posibilidad que la posición dominante de la eventual empresa fusionada pudiera traducirse en una serie de conductas de abuso de poder monopsonico; como que en los contratos con los proveedores de señales a nivel nacional, se niegue injustificada una compra y/o en ofrecimiento de precios que no digan relación con las condiciones de mercado, entre otras.

2) Potenciales Efectos Anticompetitivos en Mercados Relacionados.

De obtener ganancias sobrenormales, la empresa fusionada podría subsidiar con parte de estos recursos los valores de productos y servicios de mercados relacionados, lo que sería atractivo si pudiera desplazar a su competencia en dichos mercados relacionados para después obtener ganancias sobrenormales.

A juicio del TDLC, esto sería extremadamente difícil al tener el competidor altos costos hundidos, como es el caso de la telefonía fija. Por otro lado sería poco rentable, debido a que la telefonía fija sigue siendo un mercado regulado mientras no sea efectivamente competitivo.

Otro peligro es el de las ventas atadas de la TV por cable, telefonía y banda ancha.

Por todas estas razones el TDLC consideró necesarias algunas medidas restrictivas.

3.1.2. Barreras a La Entrada.

Televisión Pagada.

El TDLC concluyó que en caso de aprobarse la fusión éste sería el mercado más afectado, razón por la cual el análisis se concentró en las barreras de entrada de este mercado, unido al hecho que no se apreciaron barreras en los mercados de banda ancha y telefonía fija con plataforma IP.

La TV por cable presentaba características de monopolio natural, por los costos medios decrecientes a escala, aunque la disminución de estos costos a escala no era importante, aunque sí lo era la disminución de los costos medios según la densidad de la zona abastecida, es decir el bajo costo que significaba para el operador de cable conectar a una persona que vivía en un área ya pasada por una empresa de TV por cable. Las economías de escala globales, las de densidad, junto con las de distancia no eran significativas, lo que explicaba la existencia de pequeñas compañías de cable en regiones con precios similares e incluso sustancialmente menores a los cobrados por empresas mayores en grandes ciudades.

Existían grandes costos hundidos e inversiones irrecuperables que afectaban fuertemente la contestabilidad de este mercado, al implicar mayores riesgos de salida. Además era usual que los proveedores de contenidos disminuyeran el valor por abonado que exigían a las empresas de TV cable en

la medida que aumentara su número, dando una ventaja de costos a la empresa fusionada, a menos que quien entrara en el mercado lo hiciera a gran escala.

Estas complejidades para la entrada de nuevos competidores no impiden que puedan entrar múltiples operadores de tamaño más limitado en zonas geográficas con alta densidad poblacional, aunque el TDLC concluye que deberían resistir guerras de precio más o menos intensas.

El dinamismo tecnológico esperable de esta industria puede restringir o eliminar en el futuro las barreras de entrada mencionadas y hacer inestables las fronteras del mercado relevante de la TV pagada.

3.1.3. Estructura De Los Mercados.

En este punto la tecnología es fundamental por la existencia de economías de densidad y de escala que resultan en estructuras concentradas, y por el constante desarrollo de nuevas tecnologías y su convergencia que crea condiciones muy dinámicas que favorecen la competencia.

Respecto al primer punto, en varios servicios de comunicaciones y especialmente los que usan cable, cuentan con economías de densidad, es decir, el costo de proveer el servicio disminuye con la concentración de clientes, lo que llevaría a una estructura de monopolios naturales, aunque no por ello deben cubrir todo el territorio nacional.

Tratándose del cable coaxial, las economías de densidad son más fuertes que en las de pares de cobre por usar el sistema de casas pasadas, mientras que en el segundo caso debe existir un par de cobre por usuario hasta el centro de conmutación.

En las industrias con economías de densidad pueden coexistir varios monopolios de influencia local, y serán las economías de escala las que determinen el número eficiente de proveedores. Desde el punto de vista de la sociedad es mejor que exista el mayor número de empresas eficientes, ya que reduce los requerimientos de regulación.

El permanente desarrollo de nuevas tecnologías crea condiciones de mercado dinámicas, es así que redes de comunicaciones diseñadas para suministrar un solo servicio, hoy pueden agregar otros servicios, como servicios de TV, telefonía, banda ancha y otros que usan el par de cobre con DSL o cable coaxial, y las redes de banda ancha que pueden operar también telefonía IP; todo lo cual introduce economías de ámbito que determinan que sea más económico operar todos los servicios en forma conjunta que por separado, facilitando la competencia entre distintas plataformas tecnológicas que proveen diversos servicios. Es el caso de las redes de cable coaxial desplegadas por las empresas de TV y cuya digitalización hoy permite entregar telefonía y banda ancha; o el par de cobre que tradicionalmente fue usado para la telefonía fija, pero que al incorporarles DSL permite a las empresas de telefonía competir con las empresas de cable en la provisión de banda ancha.

La resolución del TDLC consideró las posibilidades de competencia que las tecnologías actuales permiten, así como las que puedan surgir; aunque las

empresas entrantes que usen nuevas tecnologías deberán competir con empresas bien establecidas con una vasta cartera de clientes, haciendo difícil anticipar si las tecnologías en desarrollo llegarán a tener difusión comercial.

3.1.4. Efectos Sobre La Competencia.

Aunque para las consultantes la fusión podría reducir los costos fijos y variables, y para el mercado de las telecomunicaciones podría implicar una mayor competencia en telefonía y banda ancha, de cumplirse el plan de inversiones expuesto; respecto de los consumidores podrían darse efectos relevantes como sería que la concentración de la prestación del servicio de TV pagada pudiera producir un aumento de tarifas sin que haya disminución de suscriptores, lo que dependería de la elasticidad precio de la demanda, entre otras consecuencias.

Todas estas situaciones podrían resolverse con el acatamiento de medidas restrictivas contenidas en la resolución.

3.1.5. Eficiencias Derivadas de la Operación Consultada.

Las consultantes estimaron que se reducirían sus costos en montos de 25 millones de dólares anuales; de los cuales 10 millones corresponderían a gastos que se reducirían al eliminar una de las redes en zonas de superposición de redes, y otro monto similar a la eliminación de duplicidades en gastos de administración, publicidad y ventas. Junto con esto el aumento de escala que se produciría al sumar los clientes, reduciría los costos de programación, enlace internacional de Internet y otros.

Asimismo las consultantes afirmaron que gran parte de los elementos de red que se eliminarían de zonas con superposición podrían ser reutilizados para darle bidireccionalidad a redes unidireccionales, lo que reduciría en un 44% el costo del proyecto de expansión de la red bidireccional que permitiría llevar el “triple play” a zonas menos atractivas por su densidad de demanda.

3.1.6. Conclusiones.

El TDLC estimó que la fusión podía ser positiva para el mercado nacional de las telecomunicaciones, ya que reduciría los costos de inversión para proveer los tres servicios en conjunto, permitiendo lograr la expansión que llevaría telefonía y banda ancha a un número importante de hogares que a esa fecha sólo tenían un proveedor de infraestructura de redes. A su juicio la competencia que se daría en servicios esenciales para el desarrollo del país, entregaría beneficios que superarían los costos de tener por un tiempo una empresa con clara posición dominante en el mercado de la TV pagada.

El TDLC estuvo convencido que en el mediano plazo el dinamismo tecnológico del sector eliminaría esa posición dominante, aumentando la

competencia en todo el sector de telecomunicaciones, y aunque así no fuera y resultara que sólo la TV pagada por cable fuese factible económicamente para proveer ese servicio, sería altamente probable que en zonas más atractivas donde hoy coexisten las consultantes, ingrese un competidor con igual tecnología debido a que las economías de escala no parecen tan relevantes.

Pero debido a la importancia de los costos hundidos en esta industria, cualquiera sea la tecnología que busque desafiar al monopolio, las empresas entrantes al mercado de la TV pagada se arriesgarían a enfrentar prácticas predatorias, razón por la cual el TDLC impuso restricciones; en razón que la fusión representa una concentración muy importante en el segmento de la TV pagada. Las restricciones más importantes son de carácter transitorio, entendiéndose que el cumplimiento del plan de inversión pretende dar la característica de bidireccional al 100% de sus redes para permitir un sector de telecomunicaciones más competitivo y con un menor grado de regulación futura; objetivo que no se lograría si no se cumple el plan por lo que el TDLC podrá, a petición de parte, buscar instrumentos para facilitar la inversión de terceros sobre redes unidireccionales de la empresa fusionada.

A.3.2. FALLO.

Se aprobó la operación consultada, por no acreditarse elementos suficientes que permitieran dar por establecido que la fusión pudiera producir una disminución sustancial y permanente de las condiciones de competencia en los tres mercados relevantes bajo análisis. Pero debido a que la operación podía obstaculizar el desarrollo de la competencia efectiva en el mercado de TV pagada en el corto plazo, la autorización se subordinó a una serie de condiciones:

1ª El grupo controlador de la empresa fusionada no puede participar de ningún modo en la propiedad de Cías. operadoras de TV satelital o vía microondas en Chile, debiendo enajenar cualquier participación actual en sociedades de ese giro en el plazo de seis meses.

2ª Se prohíbe que participe en la propiedad de empresas calificadas como dominantes por la Resolución N° 686 de la H. Comisión Revisora, en el mercado de la telefonía fija. También debe ponerse término al pacto vigente entre CTC y MI en el plazo de seis meses.

3ª Según el Decreto N° 742 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, en el caso que la empresa fusionada realice ofertas conjuntas de distintos servicios de telecomunicaciones, debe señalar separada y claramente el valor o precio y las condiciones de cada uno.

Se prohíbe comercializar en forma atada o “imponiendo a una venta la de otro producto” la oferta de TV por cable con acceso a banda ancha y/o telefonía fija; así como cualquier otro tipo de venta atada. Sí los puede ofertar en forma conjunta siempre que la aceptación de la oferta sea totalmente libre y voluntaria. Tampoco podrá discriminar en la calidad de la parrilla programática de TV por cable ni en cualquiera de los servicios de telecomunicaciones, en atención al número que el consumidor contrate.

4ª Debe realizar una oferta mayorista, pública, no discriminatoria y según los precios competitivos del mercado de acceso a Internet banda ancha para cualquier ISP.

5ª Se le prohíbe usar su poder de mercado sobre terceros programadores que vendan señales o producciones de TV pagada para negar injustificadamente la compra u ofrecer por ellas un precio que no tenga relación con las condiciones de competencia del mercado.

6ª Debe renunciar y no aceptar en el futuro actuar como agente o distribuidor para nuestro país de los canales temáticos producidos o distribuidos nacional o internacionalmente. También debe renunciar y no aceptar en el futuro exclusividad alguna respecto de derechos de retransmisión televisiva de películas, canales temáticos u otros producidos por cualquier empresa nacional o internacional de contenidos estén o no relacionados con la controladora Liberty, excepto los acuerdos o contratos de transmisión exclusiva de eventos específicos.

7ª Se condiciona la operación a que la empresa resultante no realice alzas de precios ni disminuciones en la calidad programática en zonas hoy abastecidas, durante los próximos tres años posteriores a la fecha de materialización de la fusión, fuera de la variación de sus costos.

8ª Debe mantener una única política de precios uniforme para todo el territorio nacional sin discriminar entre zonas con o sin presencia de otros operadores que brinden servicios de TV pagada por cualquier plataforma.

Voto de Minoría

La resolución fue aprobada con el voto en contra de los Ministros Depolo y Serra, quienes consideraron que la operación consultada era contraria a las normas de defensa de la competencia.

Señalaron que la operación era indivisible respecto a los mercados relevantes, por lo tanto no podía ser aprobada si había un mercado donde se reforzaba una posición de dominio, que es lo que habría ocurrido en el mercado de la TV pagada, donde la empresa fusionada actualmente concentra alrededor del 88% del mismo.

Destacaron que la red HFC por la cual se presta la TV pagada presenta economías de escala y de densidad, lo que transforma a este mercado en un monopolio natural. Para los operadores de TV satelital no es posible competir plenamente con la TV pagada, debido a que sus costos son superiores; pero además el mayor costo de los operadores de TV por cable, constituido por el despliegue de la red, es un costo hundido que dificulta que sean desplazados por la TV satelital.

La fusión produciría dos efectos que no son posibles de evitar con la fijación de tarifas durante tres años; a saber, el aumento en la tarifa efectiva, debido a que se eliminan los descuentos a suscriptores que se cambian de proveedor y la disminución en la diversidad de la oferta.

En cuanto a la posibilidad que la fusión acelere el ingreso del “triple pack” de Telefónica, creándose un duopolio en la mayor parte del país; o que

Telefónica baje sus tarifas de banda ancha y se asocie con una empresa de cable satelital para ofrecer “triple pack”, como el convenio de Telefónica con ZAP TV satelital (de alcance limitado y menor impacto) es un escenario que a su juicio no se produciría ni en el corto ni en el mediano plazo.

Respecto al convencimiento del TDLC que el ingreso de nuevas tecnologías permitiría que nuevos entrantes desplacen a la fusionada de su posición dominante, destacaron que para que ello ocurriera era necesario que la tecnología se estandarizara y fuera adoptada por muchas operadoras en el mundo, para producir las suficientes economías de escala que permitieran reducir los costos de los equipos, situación que no ocurrió en el caso de tecnologías como WLL y PLC, aunque reconocen que en estos casos se dieron situaciones impredecibles; como que los ambientalistas se opusieron al PLC por la emisión de ondas electromagnéticas o el obstáculo físico que bloquea la trayectoria de las señales del WLL.

Además los eventuales entrantes que usen nuevas tecnologías deberían competir con empresas bien implantadas y establecidas que poseen una vasta cartera de clientes y relaciones comerciales de larga data con sus proveedores de contenido.

Debido al escenario post-fusión, que implicará el reforzamiento o creación de una posición de dominio en el mercado de la TV pagada y de Internet banda ancha, que a juicio de estos Ministros constituye una circunstancia contraria a las normas de defensa de la libre competencia, recomendaron rechazar la consulta, prohibiendo la operación de concentración entre las consultantes.

A.4. ANÁLISIS.

Junto con adherir a los argumentos de los Ministros Depolo y Serra, podemos señalar que el argumento esgrimido por las consultantes, en cuanto al pequeño tamaño de VTR y MI en comparación con sus competidores, es similar al esgrimido para que se autorizara la fusión de Fensa-Mademsa y que no justifica aumentar la posición dominante de VTR en el mercado de la TV pagada y de Internet banda ancha.

Esta posición de dominio preocupa no solo desde el punto de vista económico, sino también de la falta de pluralismo en la oferta programática de los canales exhibidos, tal como lo hizo ver en su minuto el Consejo Nacional de Televisión, situación que a juicio de este organismo vulneraría la Ley N° 18.838 “que establece el pluralismo como uno de los valores esenciales para entender el correcto funcionamiento de la televisión consagrado en nuestra Constitución”¹⁴⁹. A esto se agrega aspectos como que la línea editorial de VTR contemple la censura a ciertos programas, o que en medio de la programación se transmita publicidad que en ocasiones puede interrumpir un programa o película, o que se realicen cambios en la parrilla programática o en el ordenamiento de los canales, sin que se de un aviso previo a los suscriptores.

¹⁴⁹ Diario Estrategia, 21 de enero de 2004.

De acuerdo con el Presidente del TDLC, Eduardo Jara, en este fallo se tuvo una perspectiva más amplia referida a las telecomunicaciones, con un énfasis en que esta fusión potenciaba la competencia en la banda ancha. Más adelante reitera que el “leit motiv” del fallo fue que el beneficio social de la mayor competencia en Internet de banda ancha y de telefonía fija superaba los costos sociales que la empresa fusionada pudiera provocar.¹⁵⁰ Pero surge la duda si ésta era la mejor manera de lograr mayor competencia en estos dos mercados, principalmente cuando desde hace un tiempo se encuentra pendiente un Reglamento de voz sobre IP y desagregación de redes, cuyas normativas según lo reseñó el Diario El Mercurio el 26 de agosto pasado, se encontraban listas para la firma del Presidente, quedando como una decisión del actual Gobierno sacar adelante estos Reglamentos (según lo indicó el entonces ministro Jaime Estévez).¹⁵¹ Incluso más, y tal como se mencionó en la Nota a pie de página 140, el proyecto de desagregación de redes que estaría estudiando actualmente la Subtel sería más amplio ya que también incluiría la desagregación de la TV por cable y las redes de VTR, junto con la desagregación de las redes fijas y móviles¹⁵². La pregunta que surge es si se estaría pensando en estas desagregaciones si no se hubiera aprobado esta operación de fusión.

Con respecto al mercado de Internet banda ancha, tenemos que otro elemento que introduciría competencia es el hecho que grandes tiendas como Líder, Falabella y La Polar estén por ingresar a las telecomunicaciones, y más específicamente a los servicios de Internet banda ancha, telefonía IP, telefonía móvil y telefonía de larga distancia; estrategia que vienen preparando desde hace un año, según lo reseña el diario Financiero del 06 de abril de este año, y que es un fenómeno ya presente en Estados Unidos y Europa.

En cuanto a las consecuencias de la operación en el mercado de la telefonía fija, tal como señaló el profesor de la Universidad de Chile, Ronald Fischer, si bien se dijo que esta fusión permitiría competir en la telefonía fija, se estaría pasando de un monopolio a un duopolio, lo que no serviría de mucho.¹⁵³

Con esta operación se redujo la competencia en el mercado de la TV pagada, y en el mercado de la TV por cable se eliminó, debido a que VTR tiene el 100% del mismo y es un servicio que no tiene un sustituto cercano.

Sí se observan cambios en la TV Digital; es así que VTR ya lanzó un proyecto piloto de TV digital por cable para ciertos clientes, el cual requiere tener contratado el servicio de full cable; mientras que Telefónica CTC está por lanzar un programa similar al servicio digital “Imagenio” operativo en España y de TV vía ADSL, pero al igual que ocurre actualmente en la telefonía fija, se estarían dando lugar a un duopolio.

Tal como lo señala el TDLC en los considerandos, el servicio de TV por cable no es un bien esencial y tiene mayor penetración en los estratos socio-

¹⁵⁰ Diario Estrategia, 29 de agosto de 2005.

¹⁵¹ Diario Mercurio, 26 de agosto de 2005.

¹⁵² Diario Financiero, 03 de abril de 2006.

¹⁵³ Diario Estrategia, 08 de enero de 2004.

económicos altos, de manera que su elasticidad es alta, a diferencia de lo que ocurre con Internet y la telefonía fija, servicios que predominaron en el juicio de los Ministros a la hora de tomar su decisión, según lo expresado por el Presidente del TDLC en la entrevista ya reseñada más arriba. ¿Pero que tan cierto es este carácter de no esencial de la TV por cable, hoy día que cada vez la gente pasa más horas frente al televisor? Y ¿De dónde se obtuvieron los datos que indican que las personas dedican más tiempo a ver TV abierta, principalmente cuando cada cierto tiempo reflota el tema de la mala calidad de la TV abierta? Quizás la razón por la cual se vea más TV abierta se debe al hecho que no se cuenta con otra alternativa.

Sería interesante saber si la FNE tiene conocimiento de la opinión de las personas en estos temas, ya sea a través del Sernac y/o alguna de las asociaciones que agrupan a consumidores; para conocer cual es la opinión del consumidor en la etapa previa a la aprobación de la operación, pero también para la etapa post-fusión en su rol de fiscalizadora del cumplimiento de las condiciones impuestas por el TDLC, respecto a medidas como la no disminución en la calidad programática.

En cuanto al traspaso de los costos que se ahorrarían como consecuencia de la fusión, si bien a juicio del profesor Ronald Fischer las sinergias que resultan de una fusión sólo generan beneficios para las empresas integradas, pero no para los consumidores, considerando poco probable que los ahorros de costos sean transferidos a los usuarios¹⁵⁴; es de esperar que estos efectivamente se inviertan en redes de banda ancha para “zonas menos atractivas por su densidad de demanda”, ya que según una crónica publicada el 17 de noviembre de 2005 en el diario Financiero, la mayor penetración de banda ancha del país se observó en la II Región donde un 7% de la población cuenta con conexión de banda ancha, siendo un hecho relevante a considerar que este índice se debería a una iniciativa de la minera estatal Codelco de dotar a la región de Antofagasta de banda ancha. Mientras en zonas como Punta Arenas y Coyhaique aún tienen conexiones vía satélite y no cuentan con Internet banda ancha; siendo la excepción Puerto Montt que en virtud del proyecto “Puerto Montt Digital”, impulsado por la Municipalidad, se está buscando dotar del servicio gratuito de Internet a toda la ciudad. Situaciones como ésta dan lugar a lo que en el mismo diario se consignó como el “club” de la información, en contraposición a la sociedad de la información

Otro de los elementos importantes a tomar en cuenta en este análisis, es el hecho que la TV por cable no tiene un sustituto cercano, ya que tal como se indicó en el fallo, la TV satelital tiene costos demasiados altos que por el momento no la hacen comparable a la TV por cable. En conclusión, esta resolución dio lugar a un monopolio en la TV por cable, y en razón de todo lo señalado, no se debió aprobar la fusión; conclusión a la que se llega al hacer el análisis desde el punto de vista europeo, según el cual la preocupación se debe centrar en determinar si una operación de fusión crea o fortalece una posición de dominio; como del estadounidense según el cual se debe analizar si la operación reduce sustancialmente la competencia o tiende a crear un

¹⁵⁴ Diario Estrategia, 02 de noviembre de 2004.

monopolio. En consecuencia, el TDLC debió ordenar a Liberty Media que optara por la propiedad de una de las dos empresas.

B. RESOLUCIÓN N° 02/2005 DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, RELATIVA A LA ADQUISICIÓN DE BELLSOUTH S.A. POR TELEFÓNICA S.A.

B.1. LA CONSULTA.

El 5 de marzo de 2004 Telefónica Móviles S.A. (TEM) y Bellsouth Corp. suscribieron un contrato destinado a que TEM adquiriera los activos de Bellsouth Corp. en Centro y Sudamérica, incluyendo Chile.

De esta manera TEM pasaría a operar telefonía móvil en Chile a través de Bellsouth Comunicaciones S.A., en circunstancias que TEM pertenecía al mismo Grupo Económico que Telefónica Móvil de Chile S.A., filial de Telefónica CTC Chile S.A., dominante en telefonía local fija y que era controlada por la española Telefónica S.A., matriz de la adquirente.¹⁵⁵

Además adquiriría a Bellsouth Chile S.A., operadora de larga distancia nacional, en circunstancias que su relacionada CTC Mundo tenía el 38% de este tráfico.

Argumentos de las consultantes:

- i) Esta operación no tenía el efecto inmediato de alterar a la libre competencia ni tampoco constituía un peligro concreto en ese sentido, conclusión a la que llegaron al analizar las características técnicas y económicas del mercado en que opera la telefonía móvil, sus fuerzas de oferta y demanda y la influencia del rápido cambio tecnológico.
- ii) La experiencia nacional e internacional demuestra que la competencia entre un número limitado de competidores es predominante en la telefonía móvil y no ha sido un obstáculo para que exista y permanezca una fuerte competencia en el mercado.
- iii) Las participaciones de mercado, aunque en casos tienen relevancia, no son determinantes para concluir que un incremento en la participación importe una restricción a la libre competencia. Esto debido a ciertas características propias del mercado de la telefonía móvil, como la libre elección de los usuarios, la ausencia de costos de salida en los contratos a plazo y la predominancia de los contratos de prepago; todo lo cual determinaba que la operación consultada no importara una restricción horizontal a la competencia en telefonía móvil.
- iv) El hecho que Telefónica S.A. participara a través de CTC Chile en Telefónica Móvil Chile y TEM en Bellsouth Comunicaciones, tampoco originaría

¹⁵⁵ A fs. 128 TEM informó que habían llegado a un acuerdo con CTC, por el cual TEM adquiriría la participación accionaria de CTC en Telefónica Móvil de Chile S.A.; acuerdo que previamente debía ser aprobado por la Junta Extraordinaria de Accionistas de CTC, lo que finalmente ocurrió, efectuándose la venta en julio de 2004.

una restricción vertical debido a dos características de la normativa sobre telecomunicaciones:

a) La obligatoriedad de interconexión que establece la Ley General de Telecomunicaciones, destinada a garantizar la igualdad de acceso y el acceso abierto, que impediría cualquier abuso discriminatorio de una Cía. de telefonía fija hacia un operador móvil; y

b) La obligación de interconexión y provisión de red que tienen los operadores de telefonía móvil con infraestructura propia respecto los de infraestructura parcial.

v) No existía en este mercado un actor dominante y las participaciones habían demostrado ser transitorias y mutables debido a la evolución y competencia tecnológica entre los competidores y al hecho de no existir barreras a la entrada ni a la salida para los usuarios, ya que casi el 80% de los usuarios eran de prepago sin contrato que los vinculara, y en el caso de los que tenían el servicio contratado, la regulación del sector dispone que pueden poner término al contrato dando un aviso escrito con 10 días de anticipación, lo que se traduce en una fuerte competencia no sólo por los nuevos clientes sino por los que cada Cía. ya tiene.

vi) La operación no permitía mantener un precio de equilibrio mayor al normal, lo que se concluía del análisis del mercado relevante y las barreras a la entrada:

a) Mercado Geográfico: El territorio nacional.

b) Tipo de telefonía: Telefonía móvil; ya que la telefonía fija no sería un sustituto perfecto.

c) Tipo de servicio móvil: Sólo era relevante el mercado de transmisión de voz.

d) Espectro: Los servicios de telefonía móvil de voz prestados sobre la banda 800 MHz y 1900 MHz, claramente sustitutos debido a que son idénticos en calidad y precio.

e) Composición del mercado relevante: A esa fecha ENTEL era la empresa más grande, con 36,25%; la seguía Telefónica Móvil de Chile con 30,1%, Bellsouth con 18,6% y Smartcom con 15,1%.

f) No existían barreras a la entrada.

B.2. INFORME DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA.

2.1. El Mercado de la Telefonía Móvil.

La FNE sostuvo que el servicio de telefonía móvil constituía por sí solo un mercado, sin sustitutos cercanos; coincidiendo con la opinión emitida por la Comisión Resolutiva en la Resolución N° 686 de 20 de mayo de 2003.¹⁵⁶

Respecto al alcance geográfico, también concluyeron que el mercado relevante de la telefonía móvil era el territorio nacional.

¹⁵⁶ Para este análisis se basaron en aspectos como el tráfico cursado, la amplitud de servicios disponibles y el costo de la llamada, entre otros.

A la fecha del informe se estimó en 7,2 millones los equipos móviles, es decir, una penetración de 46,6 abonados por cada 100 habitantes.

Los operadores que actuaban en el mercado eran cuatro, ENTEL (ENTEL PCS Telecomunicaciones S.A. y ENTEL Telefonía Móvil S.A.) con 36,7%; seguida por Telefónica Móvil de Chile S.A. con 30,7%, Bellsouth Comunicaciones S.A. con 17,8% y Smartcom S.A. con 14,8%.

En el Informe se incluye un gráfico sobre la participación de las empresas móviles desde marzo de 2000 a marzo de 2004, donde destacaron el fuerte incremento de Smartcom que en cinco años captó el 15% de los abonados y el 13% del tráfico cursado

La operación produciría la reducción de los operadores de cuatro a tres, pasando el Grupo Telefónica a la cabeza con 48,5% de los abonados y 44% del tráfico de salida; luego vendría ENTEL con 36,7% de los abonados y 43% del tráfico y Smartcom con 14,8% de los abonados y un 13% del tráfico.

Si bien el aumento de la concentración constituía un mayor riesgo de colusión, los ritmos de crecimiento de la demanda y desarrollo tecnológico alentarían la constante aparición de nuevos planes tarifarios y de agresivas estrategias comerciales, restando viabilidad a un futuro acuerdo colusorio estable. Sin embargo se advierte que de no eliminarse las barreras a la entrada y restricciones estructurales a la competencia existentes entonces y que podrían acrecentarse con la operación, se podrían anular los efectos de los incentivos competitivos.

Estas restricciones son el agotamiento del espectro radioeléctrico y la posesión de grandes porciones por unos pocos, que se constituía en una barrera infranqueable para la entrada de nuevos competidores y una probable restricción a la capacidad de respuesta del actor con menor espectro, situación que se acrecentaría con la toma de control.

2.2. El Espectro Radioeléctrico.

El Decreto Ley N° 1.762 de 1977 entregó su administración y control al Estado a través de la Subtel. Por razones técnicas la Subtel destinó dos bandas de frecuencias para la telefonía móvil: la de 800 MHz y de 1900 MHz, con anchos totales de 50 y 120 MHz respectivamente. Ambos espectros se encontraban concesionados en su totalidad, lo que impediría la entrada de nuevos competidores.

Al concretarse la toma de control, el Grupo Telefónica quedaría con cerca del 50% del espectro, Entel con un tercio y Smartcom con menos del 20%.

El Informe consignó que la capacidad productiva de las operadoras dependía no sólo de la inversión en antenas, sino también del ancho de banda disponible, ya que es ésta última la que influye en la curva de costos medios. Se cita un estudio que descarta la existencia de economías de escala a partir de un tamaño mínimo de operación eficiente; de manera que a mayor ancho de banda sería menor el costo medio.

Se incluye un análisis del costo medio a largo plazo de las empresa de telefonía móvil, concluyendo que en el mediano plazo las empresas con menor

espectro perderían capacidad competitiva debido a que deberían realizar mayores inversiones para servir a sus usuarios en comparación a la empresa fusionada, de manera que ésta última, por su mayor ancho de banda, tendría un costo de largo plazo menor y mayores ganancias.

Se hace mención a la preocupación de diversos países por la escasez del espectro radioeléctrico y a su influencia en los costos de las empresas de telefonía móvil en busca de su uso eficiente, la que también sería una preocupación de la Subtel y que motivó la Resolución N° 1144 de 2000 que atribuyó 140 MHz adicionales para el servicio móvil de tercera generación (3G) en la banda de 1800/2100 MHz y que no puede ser utilizada para las actuales tecnologías.

Se consigna además que debido a su escasez, las importantes ventajas de contar con grandes porciones de espectro y la posibilidad real de hacer más eficiente su uso, las regulaciones de distintos países han restringido su concentración.

2.3. Los Cargos de Acceso.

El artículo 29 de la Ley General de Telecomunicaciones N° 18.168 consagra la libertad tarifaria para las empresas móviles, en atención a que las redes son utilizadas por los competidores y por los proveedores de otros servicios para permitir la comunicación entre usuarios de redes o servicios ajenos, lo que incentiva la competencia. Por su parte el artículo 25 de la Ley sujeta a fijación tarifaria las tarifas por interconexión o cargos de acceso a redes, en este caso móviles. El proceso tarifario se encuentra regulado en los artículos 30 a 30 J, siendo válido durante cinco años.

La última fijación de los cargos de acceso a redes móviles hecha por la Subtel se hizo considerando la existencia de cuatro operadores, dividiéndose el número de usuarios totales por esa cantidad, para luego modelar a la “empresa eficiente” que se usó para tarifar los cargos de acceso.

De esta manera la reducción a tres empresas se traduciría en que las empresas con participaciones de mercado mayores a 25% se beneficiarían con cargos de acceso superiores a sus costos, y lo contrario ocurriría con las que tuvieran participaciones menores; siendo el mayor beneficiado con este aumento de márgenes de los cargos, el Grupo Telefónica que obtendría una ventaja competitiva adicional proveniente de la regulación y que podría incentivar el uso de subsidios cruzados entre sus empresas relacionadas.

2.4. Aspectos Legales.

La FNE concluyó que se derivarían eventuales limitaciones a la competencia, principalmente de la concentración de una parte importante del espectro radioeléctrico en el Grupo Telefónica, a su parecer “más allá de lo que el uso eficiente del espectro aconseja”, situación que se corregiría condicionando la operación a la enajenación de parte de ese espectro en la

cantidad que determinara la Subtel, en razón que tal como se dijo a ella le compete la administración y control del espectro radioeléctrico.

Recomienda que la enajenación sea en pública subasta, que sus bases sean aprobadas por el TDLC y que la adjudicación le sea informada.

Termina haciendo mención a una serie de dictámenes y resoluciones de los antiguos organismos de la competencia, siendo una de las más relevantes la Resolución N° 698 de 16 julio de 2003 de la Comisión Resolutiva, relativa a una denuncia del Grupo Telefónica por la eventual actuación conjunta de los controladores de ENTEL y Smartcom, y donde Telefónica señaló que dicha concentración de frecuencias contravenía las normas de la libre competencia.

2.5. Conclusiones.

El mercado en cuestión es de carácter nacional, constituido solo por el servicio telefónico móvil, ya que ni la telefonía fija ni las nuevas tecnologías pueden considerarse como sustitutos cercanos.

La disponibilidad de espectro radioeléctrico constituye una barrera a la entrada para nuevos competidores y una ventaja competitiva importante para los actuales, sin que los haya motivado a generar una mayor eficiencia. De hecho, no existe un ancho de banda disponible para nuevos operadores, y la operación dejaría en manos del Grupo Telefónica alrededor del 50% del espectro, obteniendo una ventaja competitiva sólo por el hecho de la concentración y no por razones de eficiencia productiva.

Junto con esto, las ganancias de los márgenes en cargos de acceso, con las nuevas participaciones de mercado, podrían acarrear el incremento de riesgo de subsidios cruzados entre las empresas del Grupo Telefónica.

Se menciona que la jurisprudencia de los organismos de defensa de la competencia, nacional y extranjera se ha pronunciado promoviendo la homogeneidad en la distribución de frecuencias y el uso eficiente del espectro.

Recomendaron que operación fuera aprobada con condiciones:

1. Que en el plazo que señale el TDLC, el Grupo Telefónica enajenara el bloque de frecuencia que determinara el Tribunal, previo informe de la Subtel.
2. Que dicha enajenación se realizara en una licitación abierta, cuyas bases fueran aprobadas por el TDLC, informándole el resultado de la adjudicación. Además recomendó excluir de la enajenación a los operadores que a la fecha de la subasta poseyeran un ancho de banda igual o superior al del Grupo Telefónica, descontando el ancho de banda a subastar.
3. Que en el plazo fijado por el TDLC, la totalidad de las operadoras de telefonía móvil del Grupo Telefónica actuaran como sociedades anónimas abiertas o cerradas sujetas a las normas de las abiertas.
4. Que ninguna de las empresas del Grupo Telefónica adquiriera en el futuro frecuencias adicionales en las bandas de 800 MHz y 1900 MHz, sin previa consulta y autorización del TDLC.

B.3. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL.

3.1. CONSIDERANDOS.

3.1.1. Mercado Relevante.

Se trataría del mercado de “los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil, prestados mediante la explotación de concesiones de uso del espectro radioeléctrico, dentro de los límites geográficos” del territorio nacional.

Esta definición de mercado coincidiría con la de las consultantes (a fs. 118 y fs. 134) y no fue cuestionada por los intervinientes en la causa.

a) Mercado Relevante del Producto.

Para determinar el mercado relevante se estuvo a las características y elementos distintivos de la telefonía móvil, en comparación a los otros servicios de telecomunicaciones.

Se comenzó determinando si la telefonía fija y móvil formaban parte de un mismo mercado, en razón que cada día la telefonía móvil se convierte en un sustituto más cercano de la fija.¹⁵⁷

En opinión del TDLC las características propias de la telefonía local, residencial o comercial, que “se asocian a un lugar físico y a una red que lleva y trae tráfico comunicaciones a ese punto” permiten separar ambos mercados.

Estas características son:

- 1) La libertad propia de los abonados de telefonía móvil, que no se da en la telefonía fija.
- 2) La suscripción simultánea y permanente a ambas telefonías demostraría de manera relevante que ambos productos no serían sustitutos entre sí.¹⁵⁸
- 3) Otro elemento es la alta rotación y la baja tasa de clientes que tienen contrato en la telefonía móvil, a diferencia de lo que ocurre en la telefonía fija, donde la única forma de acceder a ella es celebrando un contrato.
- 4) Ambos servicios están sometidos a sistemas de tarifas distintos, debido a sus particulares características y estructuras de costos.

¹⁵⁷ El último informe del INE, ya mencionado en la nota 144, demostró que la fuerte penetración de la telefonía móvil no sólo apunta al número de aparatos móviles, sino también a la cantidad de llamadas cursadas desde ellos. En el último trimestre julio-septiembre de 2005, los aparatos móviles alcanzaron los 10 millones 723 mil, es decir la penetración celular es de un 71%; mientras que los teléfonos fijos a la misma fecha alcanzaron los 3 millones 430 mil. En cuanto a las llamadas hechas dentro del país, un 56,2% se realizó desde teléfonos celulares y un 43,8% desde fijos, pero su duración es mayor en el caso de los fijos, con un 56,6% del tiempo de las comunicaciones telefónicas cursadas dentro de Chile y un 43,4% desde móviles. Diario El Mercurio, Cuerpo B y Diario Financiero, 26 de noviembre de 2005.

¹⁵⁸ Este punto sería cuestionable, ya que recurriendo al Informe del INE tenemos que esta suscripción simultánea podría no mantenerse, y es así que en junio de 2005 las líneas fijas tuvieron un descenso de un 2% en comparación con diciembre de 2002; mientras que el número de teléfonos celulares a la misma fecha creció cerca de 2,2 millones en comparación con los 12 meses anteriores. Diario Estrategia, 26 de noviembre de 2005.

b) Mercado Geográfico Relevante.

El territorio nacional.

No se consideró para estos efectos el servicio de interconexión o roaming internacional que se presta a usuarios de operadores internacionales que viajan a Chile o viceversa, por su carácter marginal dentro del tráfico total cursado.

3.1.2. Estructura del Mercado de Telefonía Móvil en Chile.

a) Evolución del Mercado.

Se reseña el lento desarrollo de la telefonía móvil, debido a los elevados costos de los equipos y a la estructura tarifaria inicial, según la cual el usuario debía pagar por el tráfico de entrada y de salida; situación que se mantuvo desde el año 1989¹⁵⁹ hasta 1996, fecha en que los abonados eran 317 mil.

Su posterior desarrollo se debió a tres elementos:

1° A mediados de 1997 se otorgaron nuevas licencias en la banda de 1900 MHz para prestar servicios de telefonía móvil digital (PCS), de cobertura nacional; a Entel y Chilesat PCS (actual Smartcom).

2° Entre otros factores, se regularon los cargos de acceso, se estableció el sistema *Calling Party Pays* o “quien llama, paga” eliminándose el sistema anterior, y como consecuencia se dio un descenso progresivo de las tarifas.

3° Aumentó la variedad de servicios prestados por los operadores móviles, especialmente la modalidad de prepago, que permitió el ingreso de diversos sectores económicos que no lo habían podido hacer hasta entonces.

Todo esto determinó la masificación de la telefonía celular, que se tradujo en una tasa de penetración de 6,5% el año 1998 a más de 44% el año 2003, con cerca de 7 millones de teléfonos celulares.

b) Concesionarias de Telefonía Móvil.

Las empresas de telefonía móvil deben adjudicarse una concesión en una licitación pública, según la Ley General de Telecomunicaciones N° 18.186. Para esto deben cumplir con las bases del concurso y ofrecer las mejores condiciones técnicas para la prestación del servicio. Al ganador de la licitación se le entrega en concesión una parte del espectro radioeléctrico por un período determinado o con carácter indefinido.

a. Espectro: A esa fecha eran ocho las concesiones otorgadas para operar telefonía móvil a nivel nacional en las bandas de 800 MHz y 1900 MHz, distribuidas entre cuatro operadoras:

¹⁵⁹ La telefonía móvil comenzó en la década de los ochenta, fecha en que se otorgaron las primeras licencias analógicas en la banda de 800 Mhz.

1° Bellsouth: Contaba con tres concesiones en la banda de 800 MHz que totalizaban 25 MHz para la tecnología TDMA; y una de 10 MHz en la de 1900 MHz, para tecnología CDMA.

2° Telefónica Móvil: Poseía dos concesiones en la banda de 800 MHz, con un total de 25 MHz para la tecnología TDMA; y dos en la de 1900 MHz, con un total de 20 MHz, para la tecnología GSM.

3° Entel: Cuenta con dos concesiones en la banda de 1900 MHz, cada una de 30 MHz, para la tecnología GSM.

4° Smartcom: Posee una concesión de 30 MHz en la banda de 1900 MHz, para la tecnología CDMA.

b. Tecnología: La mayoría utilizaban tecnología de segunda generación, que permite un uso más eficiente del espectro que la tecnología de primera.

En base a lo informado por la FNE y Bellsouth, el TDLC extrajo las siguientes conclusiones:

1) En la banda de 800 MHz tanto Telefónica Móvil como Bellsouth optaron por la tecnología TDMA; la que permite la transmisión de tres llamadas por canal y la transmisión de datos a una velocidad de 9,6 Kbps.

2) En la banda de 1900 MHz las soluciones tecnológicas son mixtas; así Bellsouth y Smartcom optaron por el estándar americano de segunda generación, la tecnología CDMA, mientras que ENTEL y Telefónica adoptaron el estándar europeo, la tecnología GSM. Ambas tecnologías permiten incrementar en seis veces la capacidad del espectro.

3) Aunque estas tecnologías no son compatibles (no puede usarse un mismo equipo en dos redes de diferente tipo) sí pueden reutilizarse terminales entre redes de las distintas tecnologías, siempre que no hayan sido programadas para funcionar en bandas específicas.

c) Precios y Modalidades de Comercialización.

La Ley General de Telecomunicaciones establece que las tarifas que cobran las empresas móviles son libres, y sólo existe fijación de las tarifas correspondientes a los cargos de acceso por servicios prestados a las concesionarias a través de interconexiones (como el servicio de uso de red).

Como se ha mencionado anteriormente, son dos las modalidades de comercialización de estos servicios: prepago y servicio contratado. En el prepago el usuario debe adquirir una tarjeta numerada perteneciente a la empresa a la que corresponde el equipo celular, cargando un crédito a su número que le permite realizar llamadas por dicho importe; y una vez terminado no podrá realizar llamadas pero sí recibirlas. En el caso del contrato, el usuario puede acceder a un plan de minutos por un precio determinado, y agotado él mismo, éste puede continuar con el servicio de llamada con un precio diferencial, y que por lo general es mayor al contratado.

A ese momento, el prepago correspondía al 80% del mercado de la telefonía móvil, según el Informe Estadístico de la Subtel de diciembre de 2004.¹⁶⁰

Además, dentro de los planes existía una modalidad de cobro diferenciado que dependía de si la llamada finalizaba o no dentro de la red del operador móvil desde la cual se generó (on net) o en la red de los competidores (off net).

d) Concentración del Mercado.

La participación de mercado de los competidores fue medida según el número de abonados y el tráfico de salida.

Según el Informe de la FNE, a esa fecha las participaciones de mercado eran: Entel 36,7%; Telefónica Móvil 30,7%; Bellsouth 17,8% y Smartcom 14,8%. A febrero de 2004 existían más de 7,2 millones de teléfonos celulares que equivalían a una tasa de penetración de 46,6 abonados por cada 100 habitantes.¹⁶¹

Atendiendo al tráfico anual de salida del año 2003, las participaciones de mercado fueron: Entel 43,3%; Telefónica Móvil 28,5%; Bellsouth 14,8% y Smartcom 13,4%.

Se analizó la estructura de mercado según el índice Herfindahl Hirschmann (HHI) y en atención al número de abonados y el tráfico saliente, arrojó 2.825 y 3.086 puntos respectivamente, que de acuerdo a la Guía de Fusiones Horizontales del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos de América, era altamente concentrado.¹⁶²

e) Escenario Post operación de Concentración.

En opinión del TDLC la operación de concentración entre Bellsouth y TEM modificaría la conformación de la estructura del mercado en dos aspectos fundamentales:

1° Disminuiría el número de operadores de cuatro a tres, aumentando la concentración. La participación de mercado quedaría de la siguiente manera: Telefónica Móvil 48,5%; Entel 36,7% y Smartcom 14,8%; y en cuanto al tráfico de salida, la participación sería de: 43,3% para Entel; Telefónica Móvil 43,3% y Smartcom 13,4%.

Como consecuencia la operación generaría una empresa dominante con un 48,5% de los abonados, y se crearía otra empresa de igual tamaño a Entel desde el punto de vista del tráfico de salida.

¹⁶⁰ Según el informe del INE de 2005 el número de abonados de prepagos subió a 81%. Diario Estrategia, 26 de noviembre de 2005.

¹⁶¹ Ver Nota a pie de página N° 156.

¹⁶² Esta Guía clasifica los mercados a partir de los valores resultantes de aplicar el HHI, en desconcentrado si es menor a 1.000; moderadamente concentrado entre 1.000 y 1.800, y sobre 1.800 en altamente concentrado.

2° Se concentraría en un solo operador el espectro disponible para telefonía móvil en la banda de 800 MHz.

De esta manera el cálculo del índice HHI, considerando el número de abonados y el tráfico saliente post-fusión sería de 3.918 y 3.929 puntos respectivamente.

A pesar de lo elevado de estos valores, el TDLC consideró que el índice HHI no sería conclusivo por sí solo para determinar los efectos de la concentración en la competencia y consideró también otros elementos como las características y tendencias propias de cada mercado. A este efecto mencionó que la tendencia en la telefonía móvil a nivel mundial es presentar altos grados de concentración, como ocurre en Alemania, Austria, España, Francia, Portugal, Irlanda y Grecia, donde los operadores no exceden de cuatro.

3.1.3. Barreras a la Entrada.

La principal barrera a la entrada está constituida por la disponibilidad del espectro radioeléctrico, ya que como se dijo anteriormente las operadoras deben adjudicarse una concesión a través de una licitación pública; y de la proporción de espectro radioeléctrico de cada operadora va a depender los costos de prestar los servicios y su calidad.

Según el Plan General de Uso del Espectro Radioeléctrico, Decreto N° 15 de 1983 y la norma técnica asociada, se asignó al Servicio Público de Telefonía Móvil Celular la banda de 800 MHz, al Servicio Público de Telefonía Móvil Digital la banda de 1900 MHz (ambas bandas asignadas en su totalidad) y para el Servicio Público de Telefonía Móvil Digital Avanzada o 3G, la banda de 1710 a 2290 MHz, que será licitada cuando a juicio de la Subtel se den las condiciones técnicas y económicas para ello.

Aunque en Chile las bandas asignadas a la tecnología 2G han sido las de 800 y 1900 MHz, ésta también puede prestarse en las bandas de 400, 800 y 1900 MHz; las que corresponden a estándares europeos, pero la Subtel informó al TDLC que no se ha presentado una petición para cambiar esta asignación del espectro y su reutilización para la prestación de otros servicios de telefonía móvil.

El TDLC destacó que un análisis comparativo a nivel internacional demostraba que el uso en Chile del espectro disponible para este servicio presenta una intensidad moderada, por lo que la telefonía móvil aún podría crecer sin necesidad de aumentar el espectro total ya concesionado. A juicio del TDLC, si el espectro radioeléctrico se licitara por precio, éste se usaría en forma más intensa y eficiente, generándose una mayor disponibilidad de espectro abierta para nuevos operadores, lo que no estaría ocurriendo hoy.

Por otra parte, según lo informado por la Subtel no existían planes para licitar un espectro adicional que permitiera el ingreso de nuevos operadores en las bandas de frecuencia distintas a las de 800 y 1900 MHz.

Tal como se señaló previamente, la disponibilidad de espectro radioeléctrico es determinante en los costos de las operadoras. Existe una relación entre el

costo de entrada y la disponibilidad de espectro según la cual una misma tecnología en una misma banda de frecuencia, con un mayor ancho de banda requiere menores inversiones en antenas y radios base. A partir de esto el TDLC concluyó que una empresa con mayor ancho de banda tendrá menores costos medios de inversión y operación. Así también, si dos empresas con igual tecnología y ancho de banda operaran una en 800 MHz y la otra en la de 1900 MHz, la primera tendría menores costos que la otra.

En el caso que existiera disponibilidad de espectro radioeléctrico para la entrada de un nuevo operador, la cantidad de espectro de la empresa resultante de la adquisición y sus menores costos, más los costos hundidos propios del mercado de la telefonía móvil debilitarían la posibilidad de una entrada exitosa del nuevo operador.¹⁶³

De esta manera, la ventaja de costos no sólo actuaría como una barrera a la entrada de nuevas empresas, sino que también afectaría la posición competitiva de las existentes, que verían amenazada su permanencia al competir con mayores costos.

Junto a la ventaja de costos de la empresa resultante por su mayor disponibilidad de espectro, igualmente se debe considerar el encarecimiento gradual de lugares de instalación de antenas que favorece a las empresas ya instaladas; así como la base de clientes que tienen debido a que el costo de cambiarse de proveedor no es cero, ya que a pesar de las regulaciones que han ido reduciendo los costos de cambio de empresa para los usuarios, aún se mantienen barreras como la no portabilidad del número telefónico y el bloqueo de terminales por parte de las empresas.

3.1.4. Eficiencias Derivadas de la Operación Consultada.

A partir de los antecedentes de la consulta y los informes acompañados, incluido el técnico-económico de la FNE, el TDLC concluyó las siguientes eficiencias derivadas de la operación:

La prestación de servicios en el mercado de la telefonía celular, para un determinado ancho de banda, se caracteriza por funciones de costos medios de largo plazo; que se pueden segmentar en tres tramos.

El primer tramo se caracteriza por la existencia de economías de escala, debido a que existe un fuerte costo fijo asociado al despliegue de la red de cobertura nacional, cuya incidencia sobre los costos medios disminuye a medida que aumente el tráfico. Se hace referencia a un informe económico presentado en la causa Rol N° 598-00 de la Comisión Resolutiva que también

¹⁶³ Más adelante veremos que dentro de las condiciones impuestas por el TDLC a las consultantes para autorizar la adquisición, se encuentra la licitación de 25 MHz de la banda de 800 MHz. Entre los interesados que participaron en dicha licitación, se encontraban VTR y Telefónica del Sur, dos empresas que a través de esta compra habrían ingresado al mercado de la telefonía móvil. En definitiva Smartcom fue quien se adjudicó la licitación, a pesar que su oferta fue menor a la de VTR. Entel si bien compró las bases, finalmente no participó de la licitación, quizás por el hecho que tendría que haber enajenar parte de su espectro en la banda de 1900 MHz, ya que el TDLC dispuso que quién se adjudicara los 25 MHz no podía exceder los 60 MHz, ya que de lo contrario debía enajenar el exceso.

es mencionado en el informe de la FNE, en el cual consta que los costos medios compartidos por abonado que resultan del modelo de la empresa eficiente desarrollada por la Subtel para fijar los cargos de acceso, presentan economías de escala relevantes hasta 500.000 abonados.

El segundo tramo, que es de mayor extensión, se destaca por la existencia de costos medios constantes, de manera que a medida que el número de abonados de una determinada área aumenta, la empresa puede ampliar su capacidad incrementando el número de estaciones bases por kilómetro cuadrado, lo que implica costos directamente proporcionales a los usuarios que se desea atender; lo que se desprende del mismo informe ya citado.

El tercer y último tramo de la curva de costos presentaría deseconomías de escala, ya que a partir del límite teórico de tráfico, los costos son crecientes como resultado de mayores dificultades para localizar óptimamente estaciones bases adicionales, así como el incremento de los costos necesarios para mantener la calidad del servicio debido al aumento de interferencias propio de una red más densa.

Al considerar empresas similares en condiciones de demanda, tecnología y tamaño de red resultaría que la empresa que cuente con un mayor ancho de banda tendrá menores costos medios de inversión y operación, principalmente por los menores requerimientos de estaciones bases.

Respecto a una posible integración operativa de las empresas consultantes, el TDLC concluyó que los costos medios totales de proveer el servicio disminuirían en razón de la liberación de recursos duplicados en la red, como por la combinación de espectro de ambas empresas, debido a que los incrementos de costo que explican el tramo creciente de las curvas de costos medios no se aplican en este caso.

En relación a la empresa resultante de la operación en cuestión, constó en autos que Telefónica y Bellsouth poseían concesiones para prestar servicios por un total de 25 MHz cada una en la banda de 800 MHz. Además ambas empresas tenían instaladas redes de cobertura nacional en esta banda y operaban con tecnología TDMA. De acuerdo con los antecedentes en autos basados en los resultados del modelo de Subtel, una eventual fusión de operaciones entre las consultantes, permitiría que la nueva empresa optimizada presente menores costos de inversión del 36% en celdas y 51% en repetidoras; y también menores costos marginales, de alrededor de 18% por la mayor disponibilidad de espectro.

A pesar de esto, en el caso que la empresa resultante no contara con 50 MHz sino que con 25 MHz en la banda de 800 MHz, aún así existirían beneficios de la operación en términos de eficiencia. Esto porque a pesar de la menor disponibilidad de espectro, la eventual empresa resultante todavía tendría la posibilidad de optimizar el uso de de la red conjunta, liberando elementos de red en donde existen duplicidades innecesarias; como estaciones base, repetidores y centros de manejo de estaciones en zonas de baja densidad.

Además la incorporación de carteras permitiría evitar duplicidades de gastos asociados a administración, publicidad y ventas; como también la internalización de los cargos de acceso correspondientes a llamadas que

terminen al interior de la red agregada que produciría una ventaja de costos para la empresa resultante, debido a que al aumentar considerablemente el número potencial de llamadas dentro de la red agregada, se generaría un ahorro equivalente a la diferencia entre el cargo de acceso fijado por el regulador y el costo marginal de estas llamadas.

Asimismo se originaría un mejor uso del espectro destinado al servicio de telefonía celular y se liberaría espectro que podría destinarse a un operador potencial con la consiguiente mejora en términos de competencia y bienestar; o bien se distribuiría entre los actuales participantes en el mercado, lo que mejoraría las posibilidades de responder eficientemente al crecimiento de la demanda.

Aunque en la banda de 1900 MHz las empresas presentaban soluciones tecnológicas diferentes (GSM de Telefónica y CDMA de Bellsouth) y las posibilidades de obtener economías asociadas a la optimización en el uso e inversión requerido por esas redes serían más reducidas, así también existirían ahorros en gastos de comercialización y ventas.

El TDLC concluyó que en razón de la operación consultada se producirían eficiencias importantes que sin embargo no serían cuantificables con certeza con los antecedentes acompañados. A su juicio las condiciones de competencia que regirían si aprobara lisa y llanamente la operación, no podrían garantizar que las eficiencias se traspasaran efectivamente a los consumidores, razón por la cual el TDLC estimó necesario condicionar la aprobación de la consulta a ciertas medidas.

Si las ganancias de eficiencia de la empresa resultante de la operación fuesen de gran amplitud, esto permitiría bajar fuertemente los precios y provocaría serias dificultades y posiblemente la quiebra de sus competidores, lo que podría beneficiar a los consumidores en el corto plazo, pero este beneficio se revertiría en el largo plazo por la reducción en el número de oferentes. En autos no existían antecedentes para asegurar que esas ganancias fueran de una magnitud tal que obligaran a sus competidores a salir del mercado, principalmente al tomar las medidas pertinentes. A juicio del TDLC sería inconveniente para la empresa resultante que sus competidores quebraran, ya que sus instalaciones podrían ser adquiridas a bajo precio y la nueva empresa que surgiera podría transformarse en un competidor de costos aún más bajos.

3.1.5. Efectos Sobre la Competencia.

5.1. Incremento en la Concentración.

Para el TDLC de aprobarse la operación en la forma solicitada, aumentaría la concentración en el mercado de la telefonía celular, debido al surgimiento de una empresa nueva con una cartera de 48,5% de los abonados y el 43,3% del tráfico anual de salida, con un solo competidor de tamaño similar.

La aplicación de la medida de concentración HHI al mercado de esa fecha daba luces sobre los posibles efectos competitivos que podrían resultar de una

fusión, destacando lo señalado anteriormente en cuanto a que tal circunstancia es propia en un mercado donde existen barreras a la entrada (la disponibilidad de concesión), fuertes costos hundidos (inversiones de redes), e inversiones en publicidad y promociones, todo lo cual acarrearía que la estructura de mercado tendiera a ser concentrada.

La empresa resultante tendría derecho a utilizar un total de 80 MHz del espectro radioeléctrico (50 de la banda de 800 MHz y 30 de la de 1900 MHz) mientras que Entel contaría con 60 MHz en la banda de 1900 MHz y Smartcom con 30 MHz de la misma banda. En estas circunstancias, las condiciones de competencia entre los operadores resultarían asimétricas, ya que tal como se señala en el informe de la FNE, para atender a un mismo número de usuarios el hecho de contar con mayor espectro permite disminuir los costos medios de largo plazo de operación.

De esta manera una sola empresa tendría la totalidad del espectro radioeléctrico en la banda de 800 MHz, que tiene mejor propagación que la banda de 1900 MHz, por lo cual otorga una mayor cobertura. Este escenario fue calificado como no deseable por el TDLC.

Junto con todo esto, como resultado de la operación las empresas consultantes reducirían sus costos de largo plazo para la prestación de servicios de telefonía móvil. Sin embargo, debido a que el número de participantes del mercado disminuiría por la operación consultada, el TDLC no tenía certeza que habría un traspaso de estas eficiencias a los consumidores en el caso que hubiera aprobado la operación pura y simplemente.

5.2. Coordinación de Comportamiento Competitivo.

El TDLC estimó que la reducción de operadores y la distribución de sus participaciones relativas en el mercado relevante aumentarían los incentivos de los operadores en la telefonía móvil para coordinar su comportamiento competitivo.

5.3. Diferencia entre Costos y Cargos de Acceso.

Esta situación de ventaja lo sería aún más si se consideraba la diferencia entre cargos de acceso y el costo de cada operador, cuando una llamada originada en su misma red terminara en la misma.

Esto se debería a que la fijación tarifaria de los cargos de acceso está determinada por ley para todos los operadores de servicios telefónicos, tanto móviles como fijos, y su plazo de vigencia es de cinco años, no contemplándose posibilidades de modificaciones por alteraciones en la estructura de mercado.

Aunque el TDLC se declaró como no competente para pronunciarse sobre la mejor manera de fijar cargos de acceso cuando existe competencia entre empresas de distinto tamaño, sí hizo referencia a la existencia de incentivos

distintos para las empresas de mayor tamaño en caso que la operación se aprobara pura y simplemente.

En caso de fijarse las tarifas por cargos de acceso conforme a los costos de una empresa eficiente, que fueran iguales para todas las operadoras, la diferencia entre el cargo de acceso y el costo medio sería mayor para las empresas que contaran con mayor disponibilidad de espectro; diferencial que sería aún mayor al comparar el cargo de acceso con el costo marginal.

Se agrega que las empresas con mayor base de abonados tienen incentivos para traspasar a los potenciales clientes importantes economías de red, para atraerlos, debido a que la posibilidad que un usuario tenga sus contactos en la misma red aumenta con el número de suscriptores.

A juicio del Tribunal, la diferencia entre el cargo de acceso y los costos de terminar una llamada en la misma red, unido a una mayor base de clientes, podrían incentivar a las empresas de mayor tamaño, incluyendo a la empresa resultante, a discriminar entre el precio de las llamadas *on net* y las llamadas *off net*, discriminación que aunque podría justificarse en razón de los costos, podría llevar a la empresa a incrementar su posición dominante en el mercado de la telefonía móvil.

5.4. Integración Vertical.

A juicio del TDLC, la integración vertical entre la empresa resultante y la empresa dominante en telefonía fija en el país representaría un riesgo para la competencia en ambos mercados. Se hace mención a casos anteriores seguidos ante la Comisión Resolutiva en que ésta resolvió que ciertas formas de integración, como la oferta conjunta de servicios de telefonía fija y móvil, eran contrarias a la libre competencia.¹⁶⁴

El TDLC postuló la posibilidad que TEM intentara traspasar costos a su empresa relacionada (regulada) de telefonía fija; ya que aun cuando las probabilidades de subsidios cruzados se vieran limitadas por la existencia de algunos accionistas distintos en ambas empresas, era posible suponer colaboraciones entre las dos empresas, aunque no se tratara de transferencias de recursos, pero que permitirían a TEM competir en mejores condiciones que sus competidores (señala el ejemplo que ambas empresas ofrecieran planes conjuntos que no estuvieran abiertos a las demás empresas de telefonía celular). Asimismo, CTC podría entregar toda su información relativa a su tráfico a TEM, dándole una ventaja comercial.

Debido a todo lo anterior, el TDLC resolvió imponer la obligación que todas las ofertas conjuntas se consideren efectuadas por la empresa de telefonía fija, conforme a los términos del Decreto N° 742 de la Subtel, del D.O de 26 de febrero de 2004.

5.5. Competencia Potencial.

¹⁶⁴ Resolución N° 483/1997 y Resolución N° 547/1999.

Al respecto el TDLC consideró difícil para un nuevo operador entrar en el mercado de la telefonía celular, por la limitación de espectro que se encuentra totalmente concesionado y por no existir la posibilidad a corto plazo de asignar otros anchos de banda; pero además porque para ingresar a este mercado es necesario incurrir en grandes inversiones en redes, situación que dificultaría aún más cualquier ingreso.

Se plantea la posibilidad de ponderar sustitutos más lejanos a la telefonía móvil, como el *trunking* digital que era ofrecido por la empresa Nextel, pero de acuerdo a los informes de la FNE y la Subtel esta tecnología no se podía considerar una sustituto efectivo de la telefonía móvil por estar dirigida a clientes corporativos para ser utilizada en sus comunicaciones internas.

Además a esa fecha las concesionarias de ese servicio no podían ser consideradas empresas competidoras de las empresas de telefonía celular, ya que según lo informado por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones todavía no se había dado inicio al servicio de *trunking* analógico.

Por esta razón se propuso introducir mayor competencia en este mercado a través del ingreso de Operadores Móviles Virtuales (OMV). De acuerdo con antecedentes acompañados a la causa, esta modalidad experimentó un fuerte desarrollo a nivel internacional desde el año 1999. Así en Reino Unido Virgin fue una de las primeras empresas en constituirse como OMV con gran éxito¹⁶⁵; dándose situaciones similares en Estados Unidos de América, Noruega, Australia e Irlanda.

El TDLC recomendó la manera de incorporar a las OMV en el país; como acordar con un Operador Móvil Establecido (OME) o varios de ellos el arriendo de espectro radioeléctrico y la instalación de las facilidades necesarias para la prestación de servicios de telefonía celular; o bien que los OMV acuerden con un OME utilizar todas las facilidades instaladas del segundo, debiendo realizar solo inversiones asociadas a mercadeo, facturación y registro de clientes. Los antecedentes acompañados postulan como principales beneficios la disminución de las barreras de entrada vinculadas a espectro e infraestructura, y aumento en la variedad de productos.

Por todo lo anterior y además por las características que adquiriría el mercado de la telefonía móvil en un escenario post concentración, el TDLC recomendó la incorporación de OMV para lograr el incremento de la competencia y una mayor eficiencia del espectro radioeléctrico.¹⁶⁶

5.6. Portabilidad del Número.

¹⁶⁵ De lograr participaciones de 3,8% en el segundo trimestre de 2002 y pasó a tener 5,2% en el tercer trimestre de 2003.

¹⁶⁶ Los Reglamentos de voz sobre IP y desagregación de redes se habrían encontrado listos para la firma del Presidente Lagos, según lo señalado por el entonces Ministro Jaime Estévez. Diario El Mercurio, cuerpo B, 26 de noviembre de 2005.

Se plantea el riesgo que de aprobarse la operación los clientes de Bellsouth quedarán como cautivos de la empresa resultante; en razón que si bien existía un alta rotación de clientes, mayoritariamente los de prepago, era posible suponer que se presentarían varios inconvenientes para estos usuarios al querer cambiar de operador; en razón de la pérdida del número y la incompatibilidad de terminales. Por este motivo el TDLC impone la obligación de poner en marcha un servicio gratuito de información de cambio de número para tales abonados.

3.1.6. Efectos de la Operación en el Mercado de la Larga Distancia.

Dentro de los alcances de la operación de concentración se encuentra la toma de control de Bellsouth Chile S.A, operador de larga distancia. A esa fecha operaban en el mercado de larga distancia 36 concesionarias, de las cuales 26 contaban con cobertura nacional y 3 contaban con redes propias (Entel, CTC Mundo y Chilesat¹⁶⁷).

En el mercado de larga distancia nacional, Bellsouth contaba con el 1,5% del mercado, y Telefónica el 40%; mientras que en el mercado de larga distancia internacional, Bellsouth contaba con el 7% del mercado, y Telefónica con el 30%.

El TDLC estimó que la toma de control de Bellsouth no tendría consecuencias importantes en estos dos mercados, por la gran cantidad de oferentes, la estructura del mercado y especialmente porque Bellsouth no contaba con una red propia ni tenía una participación relevante. Aunque entre la telefonía móvil y la de larga distancia existe una relación, a juicio del TDLC no era distinta a la que existe entre la telefonía móvil y la fija, de manera que no creyó necesario tratar a los dos mercados en forma conjunta; aunque la empresa resultante, como usuaria de servicios de telefonía de larga distancia, tendría que dar igual tratamiento a todas las empresas de ese mercado.

3.2. CONSIDERACIONES FINALES.

Por todo lo anterior, el TDLC estimó que la operación de adquisición conllevaría el riesgo de una mayor concentración de un mercado con claras barreras a la entrada; pero que en razón de las características de la industria no constituiría un obstáculo para aprobar la operación, en principio.

Si estima relevantes las siguientes consideraciones:

- 1) Los operadores de telefonía móvil competirían en desigualdad de condiciones por la distinta distribución de espectro, tanto por la cantidad como por la calidad, debido a la concentración del espectro más eficiente en una sola empresa;
- 2) Estas asimetrías favorecerían a las empresas dominantes al facilitarles la coordinación de su comportamiento competitivo;

¹⁶⁷ Hoy Telmex, de propiedad de América Móvil, dueño también de Smartcom.

3) La empresa resultante podría incrementar su posición de dominio en el mercado discriminando en el precio de las llamadas *on net* y *off net*; y

4) La relación existente entre la empresa dominante de telefonía fija y la empresa resultante permitiría conductas de colaboración entre las dos.

Por todos estos motivos el TDLC consideró necesario sujetar la aprobación de la operación a ciertas condiciones; destinadas a proteger las condiciones de competencia en el mercado, siendo la principal condición que la empresa resultante disponga, enajene y/o transfiera parcialmente el espectro disponible.¹⁶⁸

3.3. FALLO.

El TDLC resolvió aprobar la operación consultada con ciertas condiciones:

1ª TEM debe transferir, a su elección, las concesiones que en conjunto le den a nivel nacional el uso y goce de 25 MHz de la banda de 800 MHz; transferencia que debe realizar a terceros no relacionados, en una licitación no discriminatoria y abierta, en el plazo de dieciocho meses a contar de la notificación de la resolución.

2ª Si el adjudicatario de las licitaciones fuera una empresa que a esa fecha operara en el mercado de la telefonía celular en Chile y que como consecuencia de esta adjudicación obtuviera el uso y goce de espectro radioeléctrico por más de 60 MHz, deberá realizar una transferencia en las mismas condiciones anteriores, pero en un plazo de seis meses desde el acto de adjudicación.

3ª Las bases de estas dos licitaciones deberán ser previamente aprobadas por el TDLC.

4ª La o las empresas o sociedades subsistentes o resultantes de la operación de concentración deberán someterse a las normas de las sociedades anónimas abiertas e inscribirse en el Registro de Valores de la Superintendencia de Valores y Seguros, y sujetarse a su fiscalización.

5ª La o las empresas o sociedades subsistentes o resultantes no podrán comercializar planes que incluyan precios distintos para las llamadas *on net* y *off net*, mientras no se realice la enajenación de espectro.

6ª Durante el mismo lapso la o las empresas o sociedades subsistentes o resultantes deben proveer un sistema de información de cambio de número para todos los clientes de Bellsouth Comunicaciones S.A. que se cambien de operador, ya sea voluntariamente o por razones técnicas derivadas de la operación; servicio que debe ser gratuito por el plazo de tres meses e informar el nuevo número del abonado.

¹⁶⁸ El TDLC cita otros fallos en la misma línea, como la Resolución N° 588 de 20 de diciembre de 2000 dictada por la Comisión Resultiva; y el Dictamen N° 975 de 21 de junio de 1996 de la Comisión Preventiva Central.

7ª La Subtel debe velar porque se reduzcan al máximo las barreras que enfrenten los consumidores para cambiar de operador, especialmente la eliminación del bloqueo de los terminales para su uso en otra concesionaria.

8ª Toda oferta conjunta de servicios de telefonía móvil y fija que comercialicen la o las empresas o sociedades subsistentes o resultantes y que considere la prestación de servicios de telefonía fija por parte de CTC, se entenderá que es una oferta conjunta realizada por esta última y que como tal deberá regirse por el Decreto N° 742 de la Subtel.

9ª El TDLC recomendó a la Subtel que disponga para todos los operadores de telefonía móvil, la obligación de efectuar ofertas de facilidades para la reventa de planes por comercializadores sin redes.

B.4. ANÁLISIS:

Del punto de vista de los usuarios, con la situación post-adquisición se han visto campañas más agresivas que claramente han ido en beneficio de los abonados.

El problema se estaría dando por la mala calidad del servicio que está afectando a algunos usuarios, con fallas como llamadas perdidas, rebotadas o mensajes de texto recibidos tardíamente; situación que ha sido dada a conocer por medios televisivos como en un reportaje emitido el 10 de abril pasado donde el director de Sernac anunció que se realizará un estudio sobre la materia; así como también en medios electrónicos como www.granvalparaiso.cl, o sitios como www.rie.cl y www.klip7.cl, donde destacan los reclamos de ex usuarios de Bellsouth que se quejan del mal servicio y atención que han recibido de parte de Movistar, a diferencia de lo que ocurría anteriormente. Sin embargo estos problemas no se han presentado solamente en Movistar (la empresa resultante de la fusión entre TEM y Bellsouth) y en razón de esta situación generalizada es que el subsecretario de la Subtel, Pablo Bello, anunció en una entrevista reciente el ejercicio de acciones si las empresas móviles no resuelven estas fallas técnicas.

Con respecto a los sustitutos de la telefonía móvil, el más cercano sería la telefonía fija, y que según el ya mencionado informe del INE de 2005 cada vez serían sustitos más cercanos, lo que incluso habría motivado a CTC (empresa dominante en telefonía fija) ante la baja en la venta de líneas fijas en comparación con la telefonía celular, a comercializar “planes de minutos” en virtud de los cuales por un monto fijo mensual se tiene derecho a una cantidad determinada de minutos, eliminando la modalidad de cobrar un cargo fijo más Servicio Local Medido, es decir, la misma modalidad que para los teléfonos móviles (por el momento se trata de planes ofrecidos a la división “Gente de Negocios”); así como la venta de “kits” telefónicos en multitiendas, recurriendo a la misma estrategia de venta de los teléfonos celulares y que significa facilitar el acceso de los usuarios para la compra de líneas fijas.

A diferencia de lo que ocurrió con la fusión de VTR-MI, se mantiene la competencia, aunque con una mayor concentración, e incluso habría rumores

de una fusión entre Entel y Smartcom, precisamente las dos operadoras competidoras de Movistar la empresa resultante de operación de adquisición.

Por otra parte, la licitación de 25 MHz de la banda de 800 Mhz de Movistar impuesta como una de las condiciones para aprobar la adquisición, fue paralizada por Entel, mediante un recurso presentado el 04 de abril pasado y que se basó en la exigencia impuesta por Movistar en la cláusula N° 3 de las bases, que exigía a los oferentes el compromiso de brindar “todas las facilidades técnicas para garantizar la continuidad del servicio de los usuarios TDMA (clientes de Movistar que operan en la banda a licitar) respecto al traspaso de clientes del espectro a licitar, hasta la conclusión del proceso de migración de los clientes a las otras bandas de Movistar”. El plazo máximo para esta migración sería el 01 de julio de 2008, fecha que excedía con creces el plazo de 18 meses que estableció el TDLC en su fallo y que vence en julio de este año. Finalmente el proceso fue reanudado mediante una resolución del TDLC que ordenó excluir de las bases y del proceso de licitación el proyecto de contrato “Contrato de Prestación de Servicios y Uso de Canales de Frecuencia”, aunque de todos modos se garantizó a los clientes de Movistar la continuidad del servicio, ya que la resolución estableció que quien se adjudique el espectro debe “proporcionar a TEM todas las facilidades necesarias para asegurar la continuidad del servicio hasta finalizado el proceso de migración de sus clientes, el que deberá llevarse a cabo en el más breve plazo posible”. Llama la atención que mientras en la resolución de la consulta se dio un plazo fijo de 18 meses contados de la notificación de la resolución, en esta otra resolución no sea así.

Finalmente quien se adjudicó los 25 MHz del espectro fue Smartcom, a pesar que su oferta habría sido menor a la de VTR (según trascendió la oferta de VTR habría sido de US\$70 millones, y la de Smartcom de US\$50 millones); razón por la cual ésta última, según trascendidos, estaría recurrió al TDLC para que aclarara los supuestos errores que habrían cometido en su propuesta y que le habrían significado perder la licitación; y en caso contrario para que el TDLC declarara barreras a la entrada a su ingreso a la telefonía móvil, en razón que su oferta habría sido rechazada a pesar que su monto era mayor. En definitiva el TDLC rechazó este recurso.

Según se reseñó en la prensa, la oferta de VTR no fue considerada porque no se ajustó a las formalidades establecidas en las bases de la licitación, debido a que en ella se establecía la posibilidad que VTR utilizara sin restricción algunos activos de Movistar gratuitamente y la fijación unilateral del precio de los servicios de mensajes cortos; en circunstancias que las bases establecían que la presentación sólo debía contener, junto con la identificación de la empresa, la suma que la misma estaba dispuesta a pagar por el espectro; condición que sí fue cumplida por Smartcom y la llevó a adjudicarse dicho espectro aún cuando su monto era menor.

Dentro de las empresas que adquirieron las bases, además de VTR y Smartcom, se encontraban Telefónica del Sur (que presentó una propuesta en blanco) y Entel, que en definitiva no participó en la licitación, pero finalmente no tuvo lugar el ingreso de nuevos operadores a este mercado a través de esta licitación. Sin embargo y tal como se indicó a propósito de la Resolución N°

1/2004 del TDLC, algunas grandes tiendas como Líder, Falabella y La Polar están preparando su entrada a las telecomunicaciones, y específicamente a la telefonía móvil, escenario que vendrían preparando hace más o menos un año, y en el cual se encontraría más aventajada Líder que ya hizo el lanzamiento de su filial de telecomunicaciones "Presto Telecom", ingreso que depende de las alianzas que celebren con alguna de las tres operadoras móviles actuales.

CONCLUSIONES.

El TDLC vino a llenar un vacío o a suplir la falencia del sistema anterior, en el cual los integrantes de las Comisiones eran organismos conformadas por personas no remuneradas, que funcionaban algunos días a la semana y dependiente de la FNE. Con la Ley N° 19.911 el sistema de protección la competencia se colocó a tono con las necesidades actuales.

Su funcionamiento se ha ido perfeccionando a través de Autos Acordados que ha dictado el mismo TDLC, pero además el Presidente del TDLC, Eduardo Jara ya propuso una serie de modificaciones en la ceremonia del primer aniversario de su funcionamiento, debido a ciertos vacíos que se han detectado durante el año de funcionamiento y que requieren de una solución por la vía legal.

Estas modificaciones dicen relación con cambios en el procedimiento no contencioso, de manera de determinar su origen y así diferenciarlo del procedimiento contencioso, ya que el TDLC debe determinar que proceso aplicar en cada caso; pero además está el hecho que según indicó el Presidente, en ciertos casos este procedimiento no contencioso parecería “excesivo” para ciertos casos.

Otro cambio se refiere a la limitación del número de testigos que pueden declarar en el proceso contencioso; y la necesidad de separar la competencia desleal en una ley distinta a la de defensa de la libre competencia. Respecto a este último tema, ya está en discusión en el Congreso un proyecto de ley que contaría con 15 artículos, y aclara que su objeto son los actos de competencia desleal que estén fuera del ámbito de actuación del TDLC.

Junto con estas modificaciones propuestas desde el interior del TDLC, se pueden agregar otras posibles modificaciones, como lo propuesto por el profesor Claudio Agostini respecto al aumento de las multas para que funcionen como un verdadero elemento disuasivo a la hora que las empresas consideren incurrir en conductas antimonopólicas o de abuso, ya que de lo contrario se corre el riesgo de que sean muy reducidas en comparación al dinero que se gana con el negocio y el daño causado a los consumidores. Otra proposición que tiene bastante acogida, es la incorporación de una figura similar a la delación compensada, y en virtud de la cual la primera empresa que denuncie un cártel no es sancionada; y que también es propuesta por otras personas, como los profesores Ronald Fischer y Andrés Gómez-Lobo en el “Tercer Día de la Competencia”.

En cuanto a las dos resoluciones analizadas, en el caso de VTR claramente se dio lugar a un monopolio en el mercado de la TV por cable, que debió ser rechazado debido a las consecuencias que ello acarrea, aún cuando queda la posibilidad de recurrir ante el TDLC en caso de conductas antimonopólicas pero con los consiguientes costos asociados que podrían haberse evitado si se hubiera rechazado en un principio. Mientras que respecto

de la fusión de TEM con Bellsouth, sólo llama la atención los problemas técnicos que se han suscitado.

Ambas resoluciones se enmarcan en el gran debatido tema de la creciente concentración de nuestros mercados, que tal como dijo el anterior Fiscal Económico Pedro Mattar, en sí no implica un atentado a la libre competencia, pero el problema está que si bien en teoría la concentración conlleva beneficios al consumidor, en los dos casos de las empresas resultantes se observan abusos respecto de los consumidores; en el caso de VTR, imponiendo censura, comerciales en medio de la programación y cambios programáticos sin previo aviso; y en el caso del mercado de telefonía celular, son muchos los usuarios afectados por fallas del servicio, lo que lleva a pensar que hay una sobreventa de las redes, no sólo por parte de Movistar sino también por Smartcom, pero además en el caso de Movistar se han presentado reclamos por la mala atención, a diferencia de lo que ocurría anteriormente con Bellsouth, lo que ha sido dado a conocer en medios televisivos como Teletrece, y también en sitios de Internet, donde llama la atención el hecho que usuarios que fueron clientes de Bellsouth durante bastante tiempo, en algunos casos años, hoy sólo deseen cambiarse a otra empresa.

Como última propuesta, relativa al rol que cumple la FNE en cuanto fiscalizadora del cumplimiento de las condiciones impuestas por el TDLC, es que se sugiere que la FNE se vincule y tome conocimiento de cual es la opinión de los consumidores, ya sea a través del Sernac o bien de alguna de las asociaciones de consumidores constituidas hoy en Chile; ya que en definitiva son los usuarios quienes mejor pueden opinar sobre cuál ha sido el comportamiento pre y post-fusión de estas empresas y a fin de cuentas, son quienes se ven directamente perjudicados por estas resoluciones.