



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
ESCUELA DE DERECHO



TESINA

Una mirada al diseño institucional de la libre competencia en Chile: ¿Ha sido eficiente el diseño Institucional el Tribunal de defensa de la Libre Competencia y de la Fiscalía nacional Económica en la protección de la libre competencia en Chile?

Autor:
Simón González González

Profesor guía:
Crispulo Marmolejo González

Fecha de entrega:
13 de diciembre del año 20

INDICE TEMÁTICO

1. Introducción	4
2. Libre Competencia y diseño institucional en Chile	8
2.1 Comentarios breves sobre su origen	8
2.2 Diseño actual	10
2.3 ¿Por qué el sistema de libre competencia y no otro?	11
2.4 La Fiscalía Nacional Económica.....	14
2.4.1 Breve reseña	14
2.4.2 Atribuciones	18
3. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	25
3.4.1 Breve reseña	25
3.4.2. Composición y procedimiento de integración.....	26
3.4.3. Estudio de sus atribuciones	27
4. Juicio sobre eficiencia en la protección del régimen de libre competencia en el país.....	28
5. Conclusiones.....	39
6. Bibliografía	41

Resumen

La importancia que juega en la economía como también en el desarrollo del país el modelo de libre competencia instaurado en Chile en las últimas décadas, obliga a no solo detenerse en las normas a través de las cuales se construye el modelo. Es necesario también, detenerse a analizar las instituciones encargadas tanto de proteger como de promover la libre competencia en el país. La Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, son los dos órganos encargados de cumplir con esta tarea. Uno y otro realizan diferentes funciones, recayendo en el primero la facultad de investigar y acusar, y en el segundo el de conocer y fallar los asuntos, teniendo ambos una labor de promoción de la competencia. Y es a partir de la labor que ambos efectúan y que día a día ha ido mejorando, que se han ido consolidando y fortaleciendo tanto el mercado como la economía misma, traducándose en mejoras por un lado en el desarrollo a nivel país, como en el de la calidad de vida de los ciudadanos.

Palabras Claves

Libre competencia- Institucionalidad- Fiscalía Nacional Económica- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia- Protección de la libre competencia – Promoción de la libre competencia.

1. Introducción.

Durante los últimos años, el debate acerca del modelo económico que Chile ha implementado durante casi cuatro décadas ha estado desviado de su verdadera importancia, y este se ha prestado para discusiones alejadas de la trascendencia real y efectiva que el mismo tiene en el desarrollo y crecimiento progresivo a nivel país. A raíz del crecimiento sostenido por Chile en las últimas décadas, la economía ha sufrido un fenómeno de cambio y complejización, expendiéndose por un parte el mercado chileno hacia la economía mundial, así como también éste ha abierto el tráfico interno, permitiendo la entrada de nuevos y más agentes. Y es a partir de esto que en el último tiempo, y más específicamente desde la aparición del recordado caso de colusión de las Farmacias en el año 2008, que se instauró en la sociedad chilena un mejor entendimiento respecto a los temas de libre competencia, sobre el enorme daño que provocan los carteles y sobre la importancia de perseguirlos y de que quienes los integran sean sancionados. Es un deber del Estado el evitar que hoy en día existan empresas que actúen y prácticamente se apoderen de los mercados casi en su totalidad, atentando e impidiendo el correcto y buen desarrollo de la competencia en Chile.

Por otro lado, debemos recordar que en materias económicas, uno de los aspectos más relevantes es el retiro estratégico y sistematizado que ha efectuado el Estado de las actividades económicas en general (salvo algunos casos estratégicos, como los monopolios naturales) y como mencionamos anteriormente la constante apertura de éste, tanto en el mercado nacional como hacia los mercados internacionales.

De esta forma, los agentes y protagonistas del mercado por una parte construyen sus escenarios de actuación, y por otro, orientan sus decisiones independientes de las políticas públicas, y en consecuencia, el rol de éstos depende ya de las opciones empresariales que nacional, o incluso transnacionalmente se asuman.¹

En este escenario es donde se hace necesario poner especial atención en el complejo fenómeno económico llamado “la competencia por mérito”, es decir ¿cómo determinar

¹ De VENANZI Augusto, *“Globalización y Corporación. El orden social en el siglo XXI”*, Anthropos, Barcelona 2002, pp.81 y ss.

cuando la superioridad de un producto o servicio responde a al ingenio humano y empresarial auténticamente o, por el contrario, esa superioridad responde a una estrategia dirigida a impedir el acceso de terceros al mercado o desplazar indebidamente a un competidor de éste?

Al primero de los escenarios mencionados se le conoce bajo el concepto de libre concurrencia, el que, jurídicamente hablando, tiene una significación distinta al de libre competencia. La libre concurrencia hace referencia a la libertad en cuanto a la entrada o acceso a un mercado o segmento de este, con la correlativa ausencia de barreras a la entrada. La libre competencia por otro lado, representa el hecho de competir en un mercado sin distinciones ni acuerdos por parte de los agentes económicos que han logrado acceder a dicho mercado, habiendo concurrido a éste de una manera libre.

Es así, que ante este complejo problema surge el Derecho de la Competencia, el cual busca prevenir, regular y sancionar las prácticas anticompetitivas en las que suelen caer los agentes económicos.² Es necesario entonces, lograr hacer converger tanto el análisis económico con el análisis jurídico, de forma que sea posible el identificar tanto las conductas como los comportamientos anticompetitivos. Y aquí es donde el concepto de eficiencia económica pasa a ser un factor estratégico al respecto.

La eficiencia económica surge entonces, como un método de interpretación de las leyes de la competencia, cuyo origen está en la regla de la razón que orienta al juez o regulador a distinguir los comportamientos empresariales anticompetitivos de aquellos que, a contrario sensu, promueven la competencia y benefician a la sociedad y a los consumidores.³

Pero por otro lado, en el ámbito del Derecho de la Libre Competencia resultan también fundamentales no solo los diseños normativos que establecen el tratamiento de conductas, sino que también los diseños institucionales, es decir el modo y la forma como funcionan los órganos, quienes, como mencionamos anteriormente, tienen como labor el proteger el correcto desempeño de la libre competencia en el país, así como también perseguir

² WITKER Jorge, *“Derecho de la Competencia en América (Canadá, Chile, Estados Unidos y México)”* Fondo de Cultura económica, Chile, 200, p.20 y ss.

³ WITKER Jorge; VARELA Angélica, *“Derecho de la Competencia Económica en México”*, UNAM, México 2003, p 253 y ss.

y establecer sanciones para quienes infrinjan dicho principio, y las reglas bajo las cuales se sustenta el mismo.

En este sentido, este trabajo analizará el diseño y las particularidades del modelo institucional implementado en el país, el sistema de defensa de la Libre Competencia, el cual consiste en un modelo dividido en dos partes: una agencia dual-un organismo persecutor por un lado y por el otro uno encargado de juzgar- aunque a veces éste ejerza una función más implementativa que la propia de adjudicar derecho realizada por un tribunal⁴, las cuales son cuestiones necesarias de tomar en cuenta para comenzar un primer acercamiento a develar la respuesta a la pregunta que este trabajo plantea antes de iniciar el desarrollo del tema :

¿Ha sido eficiente la labor del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC, o Tribunal a secas) y de la Fiscalía Nacional Económica (en adelante FNE, o fiscalía a secas) en la protección de la libre competencia en Chile?

Este trabajo parte del supuesto que el sistema económico que rige en Chile es el de Mercado, y que una parte esencial de él se sustenta en el valor de la Libre Competencia.

Analizar desde cuando se implementó, su desarrollo, así como también el marco normativo respecto del cual está compuesto, y si este ha evolucionado desde su implementación a la forma en la cual se desarrolla en la actualidad, son cuestiones previas que necesariamente deben ser consideradas, toda vez que la pregunta que intentaremos contestar a lo largo del trabajo, presupone de aquellas cosas a las cuales nos referiremos al comienzo del presente.

Una vez individualizadas ambas instituciones encargadas de la protección de la libre competencia (o competencia), nos será necesario analizar tanto las atribuciones que tiene cada una de estas, así como también su funcionamiento y si efectivamente han contribuido a la solución eficiente de los problemas propios que conlleva el modelo de la libre competencia.

⁴ Montt Oyarzún Santiago, *"El tribunal de defensa de la libre competencia como ente regulador del comercio: Una mirada desde las políticas públicas"*. Centro de Regulación y Competencia. pp 3 y ss.

Si bien es cierto que hay ciertos temas de relevancia pública respecto de los cuales se logra poner en la sociedad un cierto espacio para el debate, y quizás de esta forma dar un mayor acercamiento a la ciudadanía respecto al funcionamiento de los mercados de una forma más general, tales como las colusiones (o quizás más bien conocidas a nivel público como cartelización), también existen otros problemas que atañen al funcionamiento del mercado, tales como las barreras a la entrada, conductas exclusorias, monopolios y los abusos de dominancia(entre otros), los cuales de igual forma deberían ser encargados de hacernos presente que tenemos una tarea y un deber pendiente, de desarrollar una investigación de dichos problemas que se introduzca efectivamente e influya en toda la vida de nosotros, *más allá de una cotidianidad excesiva del consumo*⁵ a la cual vemos que se enfrenta la gran mayoría de las personas día a día.

Así de esta forma, en una época de crecientes demandas acerca del fortalecimiento de las instituciones, así como también de la mayor participación ciudadana en las mismas, consideramos vital el analizar la existencia de los dos organismos institucionales encargados de velar y proteger el sistema económico de libre competencia que hoy en día se desarrolla en el país. Consideramos de que probablemente aún no se le ha puesto la atención necesaria que quizás merecen ambas instituciones, las cuales constituyen una de las piedras angulares en el buen desarrollo de la libre competencia, considerando que aquél modelo propuesto hace ya más de tres siglos por Adam Smith, y su tan conocida metáfora de la mano invisible para referirse a la autorregulación del libre mercado, ha dejado de ser llevada a su aplicación más estricta, entre otras razones, por aquellas fallas de mercado que mencionamos anteriormente y que atentan contra la tan anhelada eficiencia de los mismos, y que en la actualidad, junto con la protección y resguardo del bienestar de los consumidores son considerados como los grandes objetivos de la protección a la libre competencia.

La Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia constituirían, de esta forma, los pilares fundamentales para un desarrollo integral, eficiente y adecuado en la protección del sistema económico de libre competencia que hoy en día rige en nuestro país.

⁵ Marmolejo, Crispulo, Diario Constitucional, p 1

2. Libre Competencia y diseño institucional en Chile

2.1. Comentarios breves sobre su origen en Chile.

En Chile, a lo largo de sus 200 años de vida como república independiente, se ha mostrado una clara inclinación y tendencia a establecer como el sistema económico vigente el libre mercado. Salvo a aquél período que va más o menos desde la gran crisis de 1929 hasta el cambio generado en el año 1973 luego del golpe de Estado, en Chile, desde sus inicios, o más bien dicho, desde que obtiene su independencia, se ha optado por seguir el sistema económico de la libre competencia. Para fundamentar esta aseveración, primero señalaremos como método útil el rol que tuvo (y tiene) el Estado y cual es y ha sido la política comercial que han seguido los gobiernos. Desde 1810, Chile optó por una economía abierta al comercio y al financiamiento internacional, en donde el rol del Estado era el de una intervención bastante mínima, el cual se aseguraba de mantener la defensa el orden y la justicia. El motor del crecimiento y desarrollo económico fueron las exportaciones de materias primas, principalmente compuestas por el trigo, el cobre, y en su mayor medida, el salitre natural. En general, en este período que va hasta la gran crisis de 1929, no hubo regulaciones por parte del Estado que atendieran a limitar la libre competencia económica, no se fijaron precios, ni tampoco se establecieron una gran cantidad de aranceles a las importaciones, salvo aquellos destinados a financiar los propios gastos del gobierno. A la vez, dichos aranceles nunca fueron de tal magnitud de impedir la competencia extranjera en el mercado, así como tampoco, distorsionaron de una forma significativa los precios relativos a los bienes transables en el mercado.

Se destaca que en aquella época, las grandes empresas no tuvieron en general ni como una característica propia a realizar conductas ni a alcanzar una posición de monopolio, quizás a consecuencia de su gran producción para los mercados extranjeros, lo que devino en un escaso poder monopólico de las mismas.⁶

Como consecuencia de lo anterior, dichas empresas que operaban en mercados exteriores, la gran mayoría de las veces se vieron obligadas tanto a vender como a comprar sus

⁶ Lüders Rudolf, “Sistemas económicos, tecnología y acción oficial en defensa de la libre competencia: Chile 1810-2010”, en *La libre competencia en el Chile del bicentenario. Tribunal de defensa de la libre competencia*, Thomson Reuters, Santiago, 2011, p 8 y ss.

productos en mercados bastante competitivos, así como también, por otro lado, las empresas que ofrecían servicios y productos en el mercado interno, se veían obligadas a competir generalmente bajo la amenaza de otro oferente, fuera este nacional o extranjero. Así de esta forma, podemos señalar que en este primer siglo de desarrollo del sistema económico chileno fue la apertura del comercio al resto del mundo, con el consiguiente intercambio de bienes y servicios que esto provoca.

Uno de los fundamentos a los cuales probablemente se le atribuye esta decisión de apertura comercial internacional del país, se debió quizás a ciertos motivos ideológicos desarrollados en los principales personajes y actores de nuestro país, quienes llevados por ideales patrios, encontraron en esta liberalización del comercio un modo de reacción al sistema económico impuesto durante el tiempo de la colonia, el que establecía una seria restricción al comercio chileno, el cual debía de realizarse solo a través del puerto de el Callao (correspondiente al virreinato del Perú) y de los puertos de España.

Luego de la gran depresión de 1929, se instauró en una gran parte de los países del mundo entero un nuevo sistema económico, en donde se pretendía que el Estado tuviera un rol mucho más proteccionista de la actividad comercial y de un creciente intervencionismo en la actividad particular y privada de las personas. Como ha sido señalado en el presente trabajo, éste se enfoca en la libre competencia en el país, por lo que analizar mas profundamente otros sistemas implementados en algunos períodos entre la gran depresión y golpe de estado de 1973 excede a los objetivos propuestos para el presente.

A partir de septiembre del año 1973, en Chile se comenzó a gestar un cambio en el sistema económico vigente a la época. Las medidas que se comienzan a adoptar no buscan sino pasar desde un modelo de economía entre comillas cerrado, tanto al comercio como al financiamiento internacional, con una asignación de los recursos en su gran mayoría fuertemente centralizada, a una economía de mercado libre, abierta al comercio y financiamiento internacional, muy parecida a aquella que vimos desarrollarse en el siglo XIX en nuestro país, con el único cambio quizás, del paso de un Estado no interventor a un Estado Subsidiario.

Por el concepto de Estado subsidiario entenderemos a un Estado el cual, dentro del ámbito económico, solo debe intervenir si los individuos o los cuerpos intermedios no pueden o no desean tomar las acciones necesarias para alcanzar el máximo de bienestar social.⁷ Así las cosas, el sistema económico chileno sufrió una completa transformación respecto al régimen que lo había antecedido. Se liberaron los precios, el mercado laboral y el sistema financiero; se redujo de una forma considerable el gasto fiscal y nuevamente, tal como había acontecido a principios del siglo anterior, se liberó el comercio internacional.

De esta forma, el objetivo que pretendían alcanzar en este nuevo sistema implementado era el establecimiento de una libertad tanto en la entrada como en la salida del mercado, de la mano de una liberalización de los precios, que a juicio de quienes proponían dichas medidas, era la forma más eficaz y eficiente para incentivar y hacer crecer la competencia tanto en el mercado interno, como en la apertura comercial internacional que había sido retomada.⁸ El ampliar los mercados más allá de las barreras internas obligaría a los oferentes nacionales a competir con otros terceros productores de naciones extranjeras, minimizando así la posibilidad de subsistencia de aquellos monopolios instaurados en los años previos, junto con la considerable baja en los precios de los bienes y servicios producto de la ampliación de la oferta de los mismos.

2.2. Diseño actual y normas

De esta forma, como mencionamos en el punto anterior, al actual sistema de libre competencia se institucionalizó a finales del año 1973, bajo el régimen militar, a través de la dictación del Decreto Ley N° 211, el que vino a reemplazar a la Ley N° 13.305 del año 1959. Dicha Ley fue dictada al alero de un intento iniciado bajo el segundo gobierno de Carlos Ibáñez del Campo, período durante el cual ya se había comenzado a buscar una solución a la inestabilidad que existía respecto de los precios en la economía chilena. Es así, que dentro de dicho cuerpo legal, se encuentra el título V, en el que sus artículos 172 a 182 buscaban asegurar la libre competencia. Se creaba la Comisión Antimonopolios, a la cual se le otorgaban facultades para sancionar y para controlar el comportamiento de las empresas de acuerdo a los

⁷ Lüders Rodolfo, “Sistemas...”, p14 y ss

⁸ Lüders Rodolfo, “Sistemas...”, pp15 y ss.

mismos criterios que la misma ley fijaba. Junto con ésta, se creó una Fiscalía de apoyo técnico para la comisión, la cual estaría encargada de realizar toda la labor investigativa pertinente y necesaria. Empero, debido a que el sistema económico vigente a la época no fue modificado en lo sustancial, dicha institucionalidad, es decir, tanto la Comisión Antimonopolios, como la Fiscalía de apoyo, tuvieron una muy escasa aplicación.⁹

Al igual que su antecesora, el Decreto Ley N°211 fue dictado con el objeto de regular el sistema de libre competencia que comenzaba a ser implementado en Chile, con la salvedad, de que en este caso, el contexto era totalmente distinto, ya que la economía era definida como una de mercado abierta completamente al comercio internacional.

Si bien han sido diversas las modificaciones que ha sufrido el mencionado Decreto Ley a lo largo de los años, las que resaltamos como las más importantes a la ley 19.336 de 1944, que modifica a los Consejos de Desarrollo Regional, la ley 19.610 de 1999 que vino a fortalecer las atribuciones de la Fiscalía Nacional económica, su carácter técnico y la independencia de ésta y la ley 19.911 del año 2003, la cual dio origen a la otra agencia(más bien dicho, al tribunal) encargada de supervigilar a la libre competencia en nuestro país, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Actualmente, toda la normativa señalada anteriormente, sumado al resto de las modificaciones que han sido realizadas desde la dictación en el año 73 del mencionado decreto, están contenidas en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1(en adelante Decreto con Fuerza de Ley o D.F.L) del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, al que se le conoce como la Ley de defensa de la libre competencia.

2.3. ¿Por qué el sistema de libre competencia y no otro?

Generalmente, y en la mayoría de los cursos de economía que se imparten, se nos plantea al comienzo de éstos que el gran enigma y problema al cual se enfrenta la ciencia económica, es que por una parte vivimos en un mundo en el cual existen una limitación a los recursos existentes en él, y por otro lado las necesidades de nosotros las personas, son ilimitadas y con el transcurso del tiempo tienden a multiplicarse y acrecentarse. De esta forma, es necesario que

⁹ Lüders Rodolfo, “Sistemas...”, p 12,13 y ss.

se elabore un plan de desarrollo que nos permita gestionar estos recursos, de una manera en la cual podamos aprovechar de ellos el máximo beneficio y resultado posible.

Para gestionar estos recursos escasos, generalmente se han planteado dos grandes mecanismos. Por un lado está el llamado centralismo planificador, y por otro lado un sistema, a diferencia del anterior, descentralizado, teniendo como premisa básica la libertad de los actores económicos en un universo de competencia.¹⁰

En las economías planificadas centralizadamente, los medios de producción se encuentran en manos del Estado, teniendo éste la propiedad de los mismos, tomando para sí generalmente la realización y gestión de las decisiones más importantes en materia económica, a través de un organismo público. A nivel central, no solo se tomarán y distribuirán las decisiones, sino que también se distribuirán los medios de producción (materiales y financieros), las cuotas de producción que les corresponderá a cada industria, y se procurará de que cada empresa tenga para sí, los medios de producción necesarios para cumplir con los objetivos y producción esperada a nivel central. De esta forma, podemos extraer que las empresas no destinarán su actuar en base al cálculo económico de maximización de los costos, que se sería el motivo lógico de su desarrollo, si no que todo su planificación estará determinada por el plan a seguir consignado en las directrices impuestas por el aparato central.

Como una consecuencia indirecta, al ser este un sistema económico que depende en su mayoría de la actuación Estatal, aparece como una necesidad el ampliar el aparato Administrativo, ya que junto con diseñar e implementar las políticas, debe existir un control permanente y constante de las empresas a las cuales el aparato central les asigne y dirige su actuar. De esta forma encontramos una primera piedra de tope en la esperada eficiencia del desarrollo económico, puesto que una toma rápida y eficaz de decisiones generalmente se verá en pugna con una fuerte burocracia estatal.

¹⁰ Jenny Frédecric, "Razón de ser del Derecho de la Competencia y misiones encomendadas a sus autoridades" en *Revista Ekonomiaz* N° 61, 1er Cuatrimestre 2006.pp41

Será el mismo Estado el encargado de fijar la mayoría de los precios(al menos respecto de los bienes llamados de necesidades básicas), lo cual no hará más que disminuir considerablemente la motivación de los agentes económicos, debido a que estos no necesitarán ser competitivos, ni tampoco innovadores, toda vez que tanto los salarios como los precios vendrán fijados por el gobierno central, el cual a fin de cuentas pagará lo acordado a las empresas sea que se haga bien o mal el trabajo, ya que lo realmente importante es el cumplir con los objetivos e intereses previamente definidos por el Estado.

A diferencia de este modelo, se plantea el sistema económico de libre competencia de los agentes en el mercado, el cual conduciría de una mejor forma a la tan anhelada asignación eficiente de los recursos. Como premisa, hay que señalar que todos los agentes del mercado, tanto las empresas como los consumidores o personas individuales, actúan guiados por su propio interés y de una forma totalmente libre, sin cumplir con las ordenes o directivas señaladas por el poder central del Estado. En principio, la competencia entre las diferentes empresas llevaría a cada una de éstas a buscar la reducción en sus costes de producción, así como también a mejorar la relación entre el precio y la calidad de la oferta, toda vez que la coexistencia de una pluralidad de oferentes hará que cada uno busque que se le prefiera por sobre el resto de los competidores. En contraposición con el modelo presentado anteriormente, vital será liberalizar tanto los precios así como también los factores. Esto, debido a que los precios constituirán para las empresas *un indicador, que les permitirá orientar sus recursos hacia las actividades de mayor utilidad en términos sociales*¹¹, ya que ahí es donde conseguirán un mayor beneficio, debido a que en estos mercados, el valor de los bienes y servicios producidos son para los consumidores mucho más importantes.

También los precios informarán a los consumidores a cerca de la relación que existe entre coste-ventajas de las ofertas entre los distintos oferentes de bienes y servicios presentes en el mercado, lo que le permite a los consumidores recompensar a través de sus comprar a aquellos empresas que mayor contribuyan en la satisfacción de sus intereses.

El hecho de que en cada mercado exista competencia, es decir, que en cada uno de los mercados (individualmente considerados) exista una cantidad, a lo menos, suficiente de

¹¹Jenny Fréédéric, "Razón...", p42.

agentes, junto con la obligación de que las mismas empresas no busquen ni participen en uniones o concierto entre ellas, orientando su desarrollo a la elusión de una competencia activa con el fin de fijar los precios o restringir la oferta, son cuestiones elementales para que el modelo económico de mercado pueda funcionar de una manera adecuada y para que a su vez, por medio de éste, se promueva una asignación eficiente de los recursos, así de esta forma, contribuir en la satisfacción del máximo de consumidores posibles.

2.4. Fiscalía Nacional Económica.

2.4.1. Breve reseña.

La institucionalidad chilena en materia de libre competencia posee una serie de particularidades respecto a los diseños observados en distintas jurisdicciones alrededor del mundo. La característica más particular es la separación que ésta posee a nivel institucional entre las funciones de persecución y de resolución. Países como Sudáfrica, posee también un diseño institucional bastante parecido al caso chileno, en donde también están separadas la facultad de perseguir con la facultad de sancionar.¹² En el resto del mundo, también podemos mencionar a las legislaciones de Canadá e Israel como estructuradas bajo un modelo similar al instaurado en Chile.

Si bien es cierto y como mencionamos con anterioridad, la Fiscalía como tal fue creada en el año 1959 a través de la ley 13.305 de abril del mismo año. En dicho cuerpo normativo, junto con la creación de la Comisión Antimonopolios, se establecía, según consigna el artículo 175 bis que *“la comisión podrá contratar un fiscal...”*, el cual mantenía como deberes y atribuciones *“Actuar como acusador público representando el interés general de la colectividad, reuniendo, para este efecto, los antecedentes que demostraren la existencia de las infracciones sancionadas por esta ley..., Instruir las investigaciones ordenadas por la Comisión, de conformidad a esta ley..., Evacuar los informes que solicite la Comisión..., Velar por el total y fiel cumplimiento de los fallos que dicte la Comisión, pudiendo ejercitar las acciones judiciales que sean procedentes..., Actuar ante la Corte Suprema en defensa de los fallos pronunciados por la Comisión.* Sin embargo, materialmente hablando, entra en funcionamiento efectivo el año 1963, año en que es nombrado como fiscal el abogado Waldo Ortúzar Latapiat, quien permanecería en el cargo por alrededor de 27 años.

¹²González Aldo, Micco Alejandro y Caicha Constanza, “ Impacto de la persecución pública en los juicios sobre libre competencia en Chile. Cep, Santiago, 2013, p49

Actualmente, la estructura institucional está vigente desde el año 2004, basado como se dijo anteriormente, en un sistema de agencia dual. La Fiscalía Nacional Económica es un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, encargado de velar por la libre competencia. Su función principal es la de investigar todo hecho, acto o convención que tienda a impedir, eliminar, restringir o entorpecer la competencia económica en los mercados. Debe también promover la libre competencia en el mercado, función a partir de la cual se busca crear una verdadera cultura en el ámbito de la libre competencia.

La Fiscalía Nacional Económica tiene su sede en Santiago. Se encuentra a cargo de un funcionario público denominado Fiscal Nacional Económico, el cual cuenta con la exclusiva confianza del presidente de la república, quien es el encargado de nombrarlo tras pasar por el proceso de selección de alta dirección pública establecido en el párrafo 3° del Título VI de la ley N° 19.882. Este sistema de nombramiento se encuentra vigente desde el año 1979, año en que fue dictada la ley N° 2769, que vino entre otras cosas a sustituir el nombramiento del Fiscal, que anteriormente era electo a través de la hoy extinta Comisión Antimonopolios.

El Fiscal Nacional Económico es el encargado de ejercer tanto la jefatura superior del servicio, como también la representación judicial y extrajudicial del mismo. Sin perjuicio de los requisitos generales para ingresar a la Administración Pública, para ocupar la plaza de Fiscal, se debe acreditar tanto el título de abogado, junto como el haber cursado 10 años de ejercicio en la profesión o a lo menos 3 años de antigüedad en el servicio.

Tiene una duración en el cargo de 4 años, pudiendo ser reelecto por el Presidente de la república al término del período de sus funciones solo por una vez. En cuanto al cese de sus funciones, las causales por las cuales el Fiscal pone término a su labor son: 1) Por el término del período legal de su designación o 2) Por renuncia voluntaria al cargo, aceptada por el Presidente de la República.

Ahora bien, en cuanto a su remoción, esta presenta un mecanismo especial en la legislación chilena, ya que la misma está condicionada a la participación de varias autoridades en el procedimiento. Se realiza por medio del Presidente de la república, con informe de la Corte Suprema, a requerimiento del Ministro de Economía, Reconstrucción y Fomento. Dicho informe debe ser emitido por el pleno de la corte suprema, debiendo contener con el voto de la mayoría de sus miembros en ejercicio. Del análisis de éste mecanismo, podemos sostener

que actualmente el Fiscal Nacional Económico gozaría de una mayor independencia tanto en su ejercicio como en la toma de decisiones, que los Superintendentes y los Jefes de Servicio.

El Fiscal Nacional Económico, en el ejercicio de sus funciones, es independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúa. Por otro lado, es el encargado de presidir la Comisión Nacional de Distorsiones, e integra, la Junta Nacional de Aduanas. A la fiscalía se le concede la facultad de interpretar a su manera las distintas disposiciones legales existentes en materia de libre competencia, para así exponerlas ante el Tribunal de Defensa de la Libre competencia, interpretación basada en lo que logre el Fiscal como consecuencia de sus variadas investigaciones, experiencia que le permite interpretar de una mejor manera las normas pertinentes.

Para continuar con una mejor comprensión a cerca de la labor de la Fiscalía Nacional económica, mencionaremos ahora algunas de las principales modificaciones que afectaron a la organización de la Fiscalía, a partir de la entrada en vigencia de la ley 19.911 del año 2003, ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Con la entrada en vigencia de la Ley 19.911 del año 2003, se vino a modificar el Decreto Ley 211 de 1973 atendido a la urgente necesidad de renovar la legislación antimonopolios tanto en su aspecto sustantivo como adjetivo. Especialmente el cambio en ésta última arista constituyó una de las mayores innovaciones en materia económica en la historia de Chile, debido a que marcó la transición desde el antiguo Sistema de las Comisiones, a un Sistema Judicial o al de una Judicialización de los conflictos monopólicos, estableciendo un plan de colaboración y fortalecimiento de las relaciones entre el órgano investigativo y el órgano encargado de ejercer la función jurisdiccional.¹³

Relativo a su composición, la mencionada norma modificó en dos aspectos principalmente a la Fiscalía. Por una parte, se eliminaron los Fiscales Regionales económicos, quienes fueron sustituidos en el cargo por los Fiscales Adjuntos. Los Fiscales Adjuntos son funcionarios designados directamente por el Fiscal Nacional, con el objeto de que estos actúen

¹³ Witker Jorge “El nuevo Tribunal Chileno de Defensa de la Libre Competencia ¿Un paradigma para Mexico? Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2006, p. 17 y ss

en cualquier ámbito de la legislación territorial, cuando la especialidad y complejidad, o urgencia de una investigación así lo requiera. Las atribuciones con las que cuentan estos Fiscales Adjuntos son las mismas atribuciones que el Fiscal Nacional les designe. El otro gran cambio, se produjo en el aumento del número de profesionales de planta de la fiscalía.

Dentro de las razones por la cuales se produjo esta modificación en el cargo de Fiscales Regionales, la más importante tuvo que ver con la desproporcionalidad de la carga de trabajo a la que éstos estaban sometidos, en comparación con el Fiscal Nacional. Este último, ejercía sus funciones en la Región Metropolitana tanto como Fiscal Nacional y como Fiscal Regional, situación que sin lugar a dudas constituía un gran despropósito en el adecuado cumplimiento de sus funciones, debido a que la mayoría de los conflictos de libre competencia se producen (o producían) en la Región Metropolitana, a diferencia del resto de las regiones del país, en donde los conflictos por libre competencia o son muy escasos, o derechamente son nulos.

Relativo al aumento que experimentó el número de profesionales con conforman la planta de la Fiscalía, éstos aumentaron en 10, pasando de 7 a 17. Los fiscalizadores aumentaron también de 5 a 7, quienes sumando en total justo con el resto de los funcionarios de la planta, dan un total de 50. La razón por la cual se habría hecho esta modificación, tendrían relación con una necesidad de profesionalizar a través de la especialización, la tarea de la Fiscalía, siendo la mayor riqueza de éste servicio, el nivel de especificación de la materia a la cual se encuentran abocados.

Ejemplo de esto, es que en la actualidad, de los 99 funcionarios que en total componen la Fiscalía Nacional Económica (incluyendo los 50 de planta mencionados anteriormente) el 81% de ellos son profesionales (alrededor de 80 funcionarios). De éstos últimos, el 41%, o sea, alrededor de 32 personas cuentan con estudios de posgrado, la mitad de los cuales realizó los mismos fuera del país. Cifras que en palabras de Fiscal don Felipe Irarrázabal Philippi, se espera que vayan en aumento a medida que los funcionarios que se encuentran estudiando en el extranjero vuelvan a trabajar a la Fiscalía.¹⁴

2.4.2. Atribuciones

¹⁴ Cuenta pública noviembre 2012-noviembre 2013 Fiscalía Nacional Económica.

Según lo establecido en el Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción, del año 2005, el cual fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973 las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica podemos mencionar:

1) Actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, ante el Tribunal de Defensa de la Libre competencia y los demás Tribunales de Justicia, comprendiendo todos los deberes y atribuciones que le correspondan según su calidad, exceptuando, las investigaciones criminales y todas otras causas de dicha naturaleza. Ante la Corte Suprema, el Fiscal Nacional Económico, por sí o por delegado, podrá defender o impugnar los fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Respecto de las investigaciones practicadas por los Fiscales Adjuntos y de los cargos formulados por éstos, el Fiscal Nacional Económico podrá hacerlos suyos, ejerciendo sus funciones acusadoras ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o desestimarlos, con informe fundado a esta misma

2) Instruir las investigaciones que estime precedentes para comprobar las infracciones al estatuto jurídico, dando noticia de su inicio al afectado. Con conocimiento del Presidente del Tribunal, la Dirección General de la Policía de Investigaciones de Chile, deberá poner a disposición del Fiscal Nacional Económico el personal que este requiera para el cumplimiento de su cometido investigativo o para ejecutar las diligencias específicas que le solicite con el mismo objeto. El Fiscal Nacional Económico, con conocimiento del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, podrá disponer que las investigaciones que se instruyan de oficio o en virtud de denuncias tengan el carácter de reservadas.

“Asimismo, el Fiscal Nacional Económico podrá disponer de oficio o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales, siempre que tengan por objeto proteger la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en conformidad al artículo 39 bis, o que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular, o resguardar la eficacia de investigaciones de la Fiscalía. Lo anterior es sin perjuicio que en un proceso en curso y previo traslado, se aplique lo dispuesto en el inciso octavo del artículo 22, o que se ordene por el

tribunal otorgar copias de piezas del expediente que no se hayan agregado al proceso, suprimiendo en ellas todas las referencias que pudieren revelar las identidades u objeto de protección aludidos precedentemente”¹⁵

El Fiscal Nacional Económico podrá disponer que no se dé noticia del inicio de una investigación al afectado, con autorización del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

3) Velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones que dicte el Tribunal o los tribunales de justicia, en las materias a que se refiere la Ley en comento.

4) Requerir del Tribunal el ejercicio de cualquiera de sus atribuciones y la adopción de medidas preventivas, con ocasión de las investigaciones que la Fiscalía se encuentre ejecutando.

5) Emitir los informes que solicite el Tribunal, en los casos en que el Fiscal no tenga 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 sociedad en que el Estado o sus empresas, entidades o sociedad, o las municipalidades, tengan aporte, representación o participación, quienes estarán obligados a representarla, “como asimismo, a proporcionar los antecedentes que obren en sus archivos y que el Fiscal Nacional Económico les requiera, aun cuando dichos antecedentes se encuentren calificados como secretos o reservados, de conformidad a la legislación vigente, caso este último en que se requerirá la autorización previa del Tribunal”.¹⁶

7) Requerir de cualquier oficina, servicio o entidad referida en el párrafo anterior, que ponga a su disposición los antecedentes que estime necesarios para las investigaciones, denuncias o querellas que se encuentre practicando o que le corresponda intervenir. El Fiscal Nacional Económico también podrá recabar y ejecutar por medio de los funcionarios que corresponda, el examen de toda documentación, elementos contables y otros que estime necesarios.

8) Solicitar a los particulares las informaciones y los antecedentes que estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique. Dicha solicitud deberá ser fundada y se presentará a la Fiscalía Nacional Económica dentro de los cinco días siguientes a la comunicación del requerimiento, cuyos efectos se suspenderán desde el momento en que se efectúe la respectiva presentación.

¹⁵ Este párrafo fue introducido con la dictación de la ley n° 20.361

¹⁶ Otra de las modificaciones introducidas con la ley 20.361, que vino a fortalecer las facultades intrusivas de la FNE, apuntando a la persecución de los carteles.

9) Denunciar los delitos previstos en esta Ley, cuando lo ordene el Tribunal.

10) Ejecutar y celebrar toda clase de actos y contratos sobre bienes muebles e inmuebles y sobre cosas corporales o incorporeales que integren el patrimonio del Servicio, incluso aquellos que permitan enajenar o transferir el dominio y transigir respecto de derechos, acciones y obligaciones, sean contractuales o extracontractuales. Las transacciones antes mencionadas, deberán ser aprobadas por el Ministerio de Hacienda, cuando éstas se refieran a montos superiores a dos mil unidades de fomento (2.000 UF).

11) Llamar a declarar, o pedir declaración por escrito, a los representantes, administradores, asesores y dependientes de las entidades o personas que pudieren tener conocimientos de hechos, actos o convenciones objeto de investigaciones y a toda otra persona que hubiere ejecutado y celebrado con ellas actos y convenciones de cualquiera naturaleza, respecto de algún hecho cuyo conocimiento estime necesario para el cumplimiento de sus funciones.

12) Requerir de los organismos técnicos del Estado, los informes que estime necesarios y contratar los servicios de peritos o técnicos.

13) Celebrar convenios o memorándum de entendimiento con otros servicios públicos y universidades, en materias de cooperación recíproca. Asimismo, celebrar convenios con agencias u otros organismos extranjeros que tengan por objeto promover o defender la libre competencia Ley N°19.911 en las actividades económicas.

14) Convenir con otros servicios públicos y Organismos del Estado, la transferencia electrónica de información, que no tenga el carácter de secreta o reservada de acuerdo con la ley, para facilitar el cumplimiento de sus funciones, asimismo, y previa resolución fundada del Fiscal Nacional Económico, podrá convenir la interconexión electrónica con organismos o instituciones privadas. Del mismo modo, podrá convenir esta interconexión con organismos públicos extranjeros u organizaciones internacionales, con las cuales haya celebrado convenios o memorando de entendimiento.

Como se desprende de lo expuesto anteriormente, la Fiscalía se encuentra revestida de amplias facultades, las cuales se justifican entre otras razones, por la importancia que tiene este Servicio, dado que el bien jurídico que se resguarda a través de la misma (la libre competencia) es de una fundamental importancia para la actividad económica del país. Por otra parte, de esta forma se puede evidenciar las políticas que a nivel estatal se han seguido en esta materia. Vale

decir, el Estado primero crea, y luego se encarga de proteger a los organismos encargados de asegurar que habrán nuevos actores económicos que estarán constantemente ingresando a la actividad comercial, impulsando de esta manera tanto el comercio nacional como el internacional, ya que de esta forma se da una señal al mundo del respeto que procura otorgar Chile a la competencia, fortaleciendo así la inversión para captar más, mejores y nuevos recursos, no dejando de lado por supuesto, la creación de nuevos empleos y fuentes laborales.

Las atribuciones con las que cuenta el Fiscal Nacional Económico tienen como objetivo central el acceder de una manera más rápida y eficaz a la mayor cantidad de información posible tanto de quienes tengan conocimiento de hechos, actos o convenciones que sean objeto de la investigación, de organismos técnicos del Estado a través de informes, como también información a la cual tenga acceso a través de convenios o memorando de entendimiento con agencias u otros organismos internacionales que promueven la libre competencia, y por último, la transferencia electrónica de información que no sea reservada o secreta con otros servicios públicos y organismos del Estado, o la interconexión electrónica con organismos o instituciones privadas, nacionales y extranjeras.¹⁷

Sin embargo, no solo con las atribuciones mencionadas anteriormente cuenta la Fiscalía Nacional Económica, debido a que en julio del 2009 se dictó la última ley que ha modificado al Decreto con Fuerza de Ley N°1. Esta reforma estuvo principalmente destinada a mejorar las herramientas para el combate de los carteles (casos de colusión) incrementando las facultades investigativas de la Fiscalía, creando además un sistema de delación compensada, aumentando las multas consignadas para esta ofensa y extendiendo el tiempo de la prescripción de la misma.

Así las cosas, el D.F.L 1 pasó a introducir en su artículo 39, el cual contiene las atribuciones de la Fiscalía, una nueva letra n), quedando el mismo:

n) En casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar conductas de las descritas en la letra a) del artículo 3º, solicitar, mediante petición fundada y con la aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones que corresponda de acuerdo al turno, para que Carabineros o la

¹⁷ Witker Jorge” El nuevo... p.21 y ss.

Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de la Fiscalía Nacional Económica que indique la solicitud, proceda a:

- n.1) Entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrajar;
- n.2) Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción;
- n.3) Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, y
- n.4) Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella.

La circunstancia de haber concurrido a la aprobación referida precedentemente, no será causal de inhabilidad de los ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para conocer del proceso.

Para otorgar la autorización a que se refiere el párrafo primero, el Ministro de Corte de Apelaciones deberá verificar la existencia de antecedentes precisos y graves acerca de la existencia de prácticas de colusión, reunidos por la Fiscalía con anterioridad a la solicitud de autorización para hacer uso de las facultades de esta letra. En la autorización, se deberá especificar con precisión, la singularización de las medidas, el tiempo por el cual podrán ejercerse y las personas a las que dichas medidas pueden afectar.

El ejercicio de las facultades conferidas en el párrafo primero, deberá sujetarse a los requisitos y formalidades establecidos en los artículos 205; 207; 208; 209, incisos primero, segundo y tercero, no siendo aplicable la remisión de los antecedentes al fiscal regional para los efectos previstos en este último inciso; 210; 212 a 214, y 216 a 225, salvo el inciso tercero del artículo 222, del Código Procesal Penal. Sin perjuicio de lo anterior, la Fiscalía no podrá interceptar las comunicaciones entre el sujeto investigado y aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado.

Las expresiones "fiscal" o "Ministerio Público" a que hacen referencia las disposiciones del Código Procesal Penal, se entenderán hechas, para los efectos de la presente ley, al "Fiscal Nacional Económico". Las referencias a "juez" o "juez de garantía", se entenderán efectuadas al Ministro de la Corte de Apelaciones señalado en el párrafo primero de este literal; las alusiones a "juicio oral" se entenderán al "procedimiento", y las efectuadas a "imputado" se entenderán hechas al "afectado".

En caso que la Fiscalía no cumpliere con alguno de los requisitos o formalidades indicados en el párrafo cuarto, los afectados podrán reclamar ante el Ministro de Corte de Apelaciones a que se refiere el párrafo primero, el que resolverá de forma inmediata, en una sola audiencia, sin forma de juicio y oyendo a las partes.

Los resultados de las actuaciones establecidas en el párrafo primero, no podrán ser utilizados como medios de prueba en el procedimiento ante el Tribunal, cuando el desempeño o ejercicio de ellas hubiere tenido lugar fuera de los supuestos establecidos en la ley o cuando no se hubieren cumplido los requisitos previstos para su procedencia y hubiere sido declarado así, en la forma señalada en el párrafo precedente, por el Ministro de Corte de Apelaciones allí referido.

Los antecedentes que se obtengan en virtud del ejercicio de las facultades contenidas en esta letra, no podrán ser utilizados por la Fiscalía en ninguna otra investigación, salvo que medie una nueva autorización judicial.

Como ya anteriormente se ha mencionado, parte de la reciente modificación del D.F.L. N° 1 estuvo destinada a incrementar las facultades investigativas de la Fiscalía para el combate del delito de colusión, esto es, acuerdos horizontales que incluyen explícitamente el boicot o exclusión de competidores y la colusión en procesos de licitación. Estas nuevas facultades intrusivas, que se detallan en el Art.39 n), básicamente se refieren a la de entrada y registro a recintos públicos y privados, con facultades de allanamiento y descerrajamiento, interceptación de toda clase de comunicaciones, incautación de cualquier medio de acreditación de la infracción, y la obtención de copias y registros de comunicaciones transmitidas o recibidas por empresas de telecomunicaciones. Por otro lado, como garante de los derechos de los potenciales afectados, el uso de estas facultades por parte de la FNE requiere de resguardos, como son una doble autorización judicial, la primera otorgada por el TDLC y la segunda por el Ministro de la Corte de Apelaciones correspondiente.¹⁸

Por otro lado, y siguiendo con las reformas que marcan la pauta en la detección y sanción de acuerdos horizontales, la modificación legal crea la figura de delación compensada (en el Art. N° 39 bis). La delación compensada es un mecanismo de persecución de carteles o

¹⁸ Irarrázabal Felipe “El sistema chileno de Defensa de la Libre Competencia” Fiscalía Nacional Económica, 2010, p 7 y ss.

de delitos de colusión, el cual facultan al Fiscal Nacional Económico a ofrecer una exención o reducción parcial de las sanciones que el TDLC determine para el delito de colusión, a aquel ejecutor de la conducta que sea el primero en aportar antecedentes a la FNE, dentro del grupo de responsables de la conducta imputada, o a otros ejecutores de ese grupo que aporten antecedentes adicionales en el transcurso de la investigación, respectivamente. En la delación compensada, son las propias empresas involucradas en el cartel las que proporcionan a la autoridad las pruebas materiales para probar la colusión. Las empresas aportan la evidencia a cambio de que se anules las penas que de otro modo obtendrían por el acto ilícito de coludirse.¹⁹

De esta forma, el TDLC no podrá aplicar multa a quien haya sido individualizado como acreedor de exención, ni una multa mayor a la solicitada por el Fiscal a quien haya sido individualizado como acreedor de una reducción de la misma.²⁰

Cabe destacar, el hecho de que la reforma legal estableció de una manera bastante detallada cuáles son los requisitos y condiciones necesarias para acceder al beneficio a través de la delación compensada, con el objeto de disminuir la discrecionalidad de la agencia para otorgarlo, de forma tal que se entregue la máxima certeza jurídica posible a los administrados.

En efecto, en el artículo N° 39 bis se enumeran los requisitos que se deberían cumplir para optar a la reducción de la multa, que son: 1) Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal; 2) Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud, y 3) Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud.

En el caso de exención, se deben cumplir todos los requisitos anteriores además de ser el primero en aportar los antecedentes y evidencias de la conducta.

3. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

3.4.1 Breve reseña

¹⁹ González Aldo, “Prácticas Colusivas”, en “La libre competencia en el Chile del bicentenario”, Tribunal de Defensa de la Libre competencia, Thomson Reuters, Santiago p 149 y ss.

²⁰ Irarrázabal Felipe “ El sistema... p 10 y ss.

Como bien hemos mencionado anteriormente, en el ordenamiento jurídico chileno la norma que establece la protección para la defensa de la libre competencia es el Decreto Ley 211 de diciembre de 1973, el cuál vino a ser refundido y sistematizado por el Decreto con Fuerza de Ley N°1 del 2005 del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción. Entre las variadas reformas a las que fue sometido el Decreto Ley, una de las más importantes fue la introducida por la Ley N° 19.911 de noviembre del 2003, a partir de la cual se creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Dicha norma se encarga de reemplazar a las antiguas Comisiones Preventivas y Resolutivas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, creando las bases del sistema dual actual, con una agencia de competencia, la Fiscalía Nacional Económica, a cargo de investigar y fiscalizar, y un órgano sancionador, independiente con facultades jurisdiccionales.

La creación de este tribunal jurisdiccional de carácter especial, el cual es el encargado de solucionar los problemas y las controversias suscitadas a raíz de infracciones a la libre competencia, tiene como uno de sus orígenes a la evolución de la economía interna. Por una parte, las Comisiones Preventivas, en tanto órganos de carácter consultivo, tuvieron una gran importancia en los temas relacionados a la libre competencia, sobre todo en la primera etapa de su vigencia, debido al gran desconocimiento que se presentaba a cerca del tema era la regla general en nuestro país. Por otro lado, la Comisión Resolutiva, en su aspecto de órgano jurisdiccional, fue el mecanismo adecuado para resolver las controversias de la época.

Sin embargo, los grandes cambios en la estructura económica del país acaecidos durante las últimas décadas, dentro de los cuales podemos mencionar entre otros, al hecho de que la participación privada ahora inundaba la gran mayoría de los sectores productivos de la economía nacional, o la misma inserción que venía capitalizando Chile en la economía global, lo que entre otras cosas generó la aparición de nuevas y más modernas estructuras empresariales (a raíz por ejemplo, de fusiones económicas), causaron una gran modificación en el escenario en el cual le correspondía funcionar a la institucionalidad de defensa de la libre competencia, creando de ésta forma, nuevas y mayores exigencias para la misma.

De esta forma, en octubre del año 1997 fue enviado al Congreso Nacional un proyecto de ley con el objetivo de fortalecer a la institucionalidad de la libre competencia, dentro del cual se consagraba como objetivo fundamental el fortalecimiento del organismo jurisdiccional

que se encargaría de resolver las controversias derivadas de la materia, denominado Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Junto con esto, el proyecto de ley introdujo la separación de funciones entre el naciente Tribunal y la Fiscalía Nacional Económica, dotando a cada uno de personal y patrimonio propios. Buscando también una mayor independencia entre el Tribunal y el poder ejecutivo, el proyecto establecería también la incompatibilidad entre la condición de integrante del Tribunal y funcionario público. Y como se mencionó anteriormente, el proyecto eliminaba las Comisiones Preventivas, otorgándole al Tribunal no solo una tarea jurisdiccional, sino que también una labor consultiva, quedando estructurado como un órgano encargado de responder consultad y resolver conflictos.

3.4.2. Composición y Mecanismo de integración

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia está compuesto por:

- 1) Un abogado encargado de presidir el Tribunal,
- 2) Cuatro profesionales expertos en materias de libre competencia, dos de los cuales deberán ser abogados y dos licenciados o con postgrados en ciencias económicas.

Además, el Tribunal cuenta con dos integrantes suplentes, un abogado y un licenciado o con post grado en ciencias económicas.

El presidente del Tribunal es designado por el Presidente de la República de una nómina de cinco postulantes confeccionada por la Corte Suprema mediante concurso público de antecedentes. Sólo pueden participar en el concurso quienes tengan una destacada actividad profesional o académica especializada en materias de libre competencia o en Derecho Comercial o Económico, y acrediten a lo menos 10 años de ejercicio profesional.

Por su parte, en cuando al resto de los integrantes titulares, éstos deben cumplir con los siguientes requisitos: dos de los integrantes deberán ser abogados y los otros dos, licenciados o con post grados en ciencias económicas. Dos integrantes, uno de cada área profesional, serán designados por el Consejo del Banco Central previo concurso público de antecedentes. Los otros dos integrantes, también uno de cada área profesional, serán designados por el Presidente de la República, a partir de dos nóminas de tres postulantes, una para cada designación,

confeccionadas por el Consejo del Banco Central, también mediante concurso público de antecedentes.

En cuanto a los miembros suplentes del Tribunal, el Presidente de la República designará al abogado suplente y el Consejo del Banco Central al licenciado o post graduado en ciencias económicas, conforme al procedimiento del concurso público de antecedentes, para lo cual se podrán considerar las mismas nóminas y concursos previstos para el nombramiento de los titulares. La ley señala que el concurso público al cual se refiere la ley en comento debe fundarse en condiciones objetivas, públicas, transparentes y no discriminatorias, establecidas, respectivamente, mediante un auto acordado de la Corte Suprema y un acuerdo del Consejo del Banco Central.

3.4.3. Estudio de sus atribuciones

Las atribuciones respecto de las cuales se encuentra revestido el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se encuentran contenidas en el artículo 18 del D.L 211, las cuales son:

1) Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la ley. Destaca en esta facultad, en un primer término, la legitimación activa para iniciar procesos ante el Tribunal, ya que en comparación al sistema anterior, la Comisión Resolutiva tenía como facultad tanto conocer de oficio como conocer a solicitud del Fiscal, cuestión que ya no está, debido que bajo la nueva institucionalidad el Tribunal solo puede conocer a solicitud de parte o del Fiscal.

2) Conocer, a solicitud de quien 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 o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales 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.

4. Juicio sobre eficiencia en la protección del régimen de libre competencia en el país.

Las políticas de libre competencia son instrumentos a través de los cuales la autoridad pretende facilitar e incrementar la competencia en los mercados y promocionar las prácticas pro competitivas. En otras palabras, podemos decir que estas políticas buscan proveer los medios óptimos y necesarios para que agentes competidores, que participan en un mismo mercado, efectivamente compitan al momento de comercializar sus bienes y servicios.

Por medio de dichas políticas de libre competencia la autoridad, entre otras cosas, pretende alcanzar objetivos tales como una asignación más eficiente de recursos, un mayor progreso técnico y mejorar el bienestar de los consumidores. Así también, en contraposición a esto, la autoridad intenta prohibir acuerdos que permitan a competidores asumir conductas anticompetitivas como, por ejemplo, la creación de carteles, impedir el abuso de la posición de dominio detenida por ciertas compañías en determinados mercados, como la que podría darse cuando un monopolista baja sus precios por debajo de sus costos al vislumbrar la entrada de un competidor.

La competencia, como bien hemos sostenido a lo largo del presente es a todas luces beneficiosa para los mercados y, por ende, es imprescindible que ella sea efectivamente tutelada y protegida por la autoridad. La competencia incentiva a que los negocios mejoren su desempeño, desarrollen nuevos productos y respondan a necesidades cambiantes.

En particular, por medio de la competencia se logran beneficios tales como producir bienes y servicios al menor costo posible, satisfacer de un mejor modo la demanda de los consumidores, mejorar la calidad de los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, incentivar el desarrollo de nuevos productos y métodos de producción, competir eficientemente en mercados globalizados, incrementar las oportunidades de empleo, y mejorar el nivel de vida de la población mediante el crecimiento del ingreso.

Sin embargo, existen innumerables casos en que la operación y desempeño de los mercados no alcanzan los niveles adecuados de competencia, lo que genera el espacio para situaciones de abuso. Así en este contexto es que surgen numerosas prácticas contrarias a la libre competencia, que derivan en la exclusión de competidores eficientes y abuso de los consumidores. Entre estos se incluyen el cobrar de precios abusivos o discriminatorios, prácticas predatorias (aquellas actuaciones realizadas para sacar competidores cobrando precios bajo costo en forma transitoria), el imponer cláusulas restrictivas a los distribuidores o realizar acuerdos con los competidores para repartirse el mercado, todo lo cual perjudica de sobremanera a los consumidores.

Es en este escenario que las leyes de defensa de la competencia- normalmente conocidas como legislación antimonopolio (*antitrust*), aunque su ámbito es más amplio -, son fundamentales para prevenir la existencia de conductas anticompetitivas y situaciones de abuso. El principal objetivo de la mencionada legislación es posibilitar que los beneficios del intercambio en una economía de mercado, basada en la libre y sana competencia, produzcan el mayor bienestar general de los ciudadanos, y evitar también, que agentes con poder de mercado, sea éste individual o conjunto, perjudiquen dicho interés público atentando contra la libertad económica de terceros.

De esta forma la construcción de una institucionalidad de defensa de la competencia y de protección del consumidor es un aspecto esencial dentro de una economía de mercado.

Nuestro diseño institucional contempla, por una parte, a la Fiscalía Nacional Económica, agencia de competencia encargada fundamentalmente de investigar y fiscalizar la existencia de infracciones a la libre competencia con el fin de denunciarlas ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y, por la otra, éste último, que es un tribunal especial

encargado de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en relación con las infracciones a la libre competencia cometidas por agentes económicos de cualquier naturaleza.

Que sea un tribunal judicial, significa que realiza generalmente, pero no siempre, adjudicación jurisdiccional, es decir, resolver en forma particular los casos en conflicto, aplicando como única disposición, el artículo 3 del Decreto Ley 211, norma que se ha sido objeto de variadas críticas por su baja densidad normativa.²¹

A su vez el hecho de que en nuestro país sea un tribunal de justicia (tribunal sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Excelentísima Corte Suprema) el que conoce de los atentados a la libre competencia en primera instancia y no una agencia de competencia dependiente de alguna forma del ejecutivo, no sólo permite una mayor celeridad en los procesos sino que otorga garantías mucho mayores de un racional y justo procedimiento y de independencia e imparcialidad.

Al mismo tiempo, el que sea un Tribunal de justicia especial permite que sus decisiones tengan un mayor fundamento técnico, lo que permite esperar una mayor calidad, fundamentación y previsibilidad de las decisiones a las cuales arriba. En este mismo sentido, el que sea un tribunal de naturaleza especializada favorece un enfoque económico en los casos y una mayor predisposición al uso de evidencia económica²² por parte de quienes conocen y resuelven los conflictos puestos a su cometido.

Nuestro ordenamiento jurídico contiene una única norma prohibitiva de conductas - en el artículo 3º del Decreto Ley N° 211- que como bien señalamos anteriormente, es considerada por algunos como una norma extremadamente amplia y general. Esta norma contiene una serie de conceptos jurídicos y también económicos más bien indeterminados que deben ser desarrollados y revestidos de contenido y alcance por medio de la jurisprudencia.

Dicha jurisprudencia emana en nuestro caso, de un Tribunal compuesto tanto por economistas, como por abogados, quienes por un lado deben utilizar intensamente en sus análisis las herramientas que provee la economía, y cautelar, a la misma vez, la juridicidad de sus actuaciones.

²¹ Montt Oyarzún Santiago, "El tribunal...", p 4 y ss.

²² Tapia Javier, "Dime de qué presumes y te diré de qué careces: el tratamiento jurisprudencial de los abusos de dominancia en Chile", Santiago, p4 y ss.

Si bien es cierto que gran parte de la labor del Tribunal se despliega en la resolución de conflictos, debemos mencionar también que cumple con una gran tarea en el control preventivo de actos y contratos, en la dictación de normas generales y en la elaboración de informes técnicos.

Y los análisis económicos que realiza en todas esas tareas tienen impacto en el funcionamiento de los mercados, así como en las regulaciones sectoriales en particular y en las políticas públicas en general. En sentido estricto el Tribunal es, por consiguiente, en si mismo, un actor en la generación de políticas publicas. Lo que el legislador llevó a cabo una vez que entregó la resolución de los casos al Tribunal conforme a una norma taxativa como lo es el artículo 3, es la creación de un ente regulador de carácter jurisdiccional, ya que el encargarle la aplicación de una norma legal abierta a un Tribunal, lo que se hace en realidad es delegarle poder para que regule conforme a los límites contemplados en el marco delegatorio.²³

A raíz de lo anterior el Tribunal debe resolver adecuadamente las tensiones que se producen al tener que cumplir el rol de administrar justicia en casos concretos e indirectamente incidir en los mercados, con el objetivo de maximizar la eficiencia económica o el bienestar general. Un tribunal regulador debe tener una aproximación al caso sometido a su conocimiento que sea tanto “casuístico”(resolución en concreto), como “sistémico”, es decir, resolver el caso no solo apuntando a las partes en conflicto, sino de cara a todos los demás miembros, tanto de la comunidad económica como de la sociedad en general, quienes por un lado (los primeros) leerán la decisión judicial como una regla en concreto que regula el comercio, y por otro, la totalidad de la comunidad, a la cual las decisiones en materia económica influyen en tanto partícipes y consumidores finales de los mercados.

Y en el cumplimiento de su labor el Tribunal debe, por una parte, detectar y reprimir los abusos de poder de mercado y por la otra preocuparse de que su trabajo no afecte la innovación y el emprendimiento que tienen como motor precisamente la tan anhelada búsqueda del poder de mercado por medio del proceso competitivo. Incluso, en su labor no contenciosa debe establecer de forma preventiva los riesgos de obtención de poder de mercado puede implicar para el bienestar social en casos concretos y tomar medidas que minimicen esos riesgos.

²³ Montt Oyarzún, Santiago “El tribunal...”, p7 y ss.

Es entonces un equilibrio bastante difícil el que Tribunal debe alcanzar. Por una parte debe preocuparse de entregar certeza jurídica a los agentes económicos acerca de lo que está permitido y de lo que no lo está (en la ya mencionada búsqueda y ejercicio del poder de mercado) y, por el otro, el Tribunal debe hacer análisis económicos bastante complejos para determinar el impacto que los hechos sometidos a su conocimiento tiene o podrían tener, en uno o mas mercados concretos. Y como sabemos la misma ciencia económica está en permanente y muy acelerada evolución, lo cual dificulta más aún la labor del órgano referido.

Desde que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia entró en funcionamiento, a partir del año 2004, se han dictado un total 136 sentencias correspondientes a procesos contenciosos; 44 Resoluciones respecto a consultas realizadas en diferentes materias; 3 Instrucciones de Carácter General; 431 Informes sobre modificaciones o cambios en la propiedad o control de medios de comunicación (de acuerdo a lo establecido en la Ley de Libertad de Opinión e Información), 11 Informes, 14 Propositiones de Modificación Normativa, además de la aprobación de 7 Acuerdos Extrajudiciales.²⁴

En este punto nos detendremos un poco para mencionar la facultad que posee el tribunal de emitir expedientes de recomendación normativa, a través de los cuales el éste recaba antecedentes para analizar la posible oportunidad y conveniencia de ejercer la atribución que le confiere exclusivamente el artículo 18 N°4 del D.L N° 211, de proponer al ejecutivo la modificación o derogación de normas contrarias a la libre competencia, así como la dictación de aquellas necesarias para resguardarla o promoverla.²⁵

Si bien es cierto que, entre los años 2004 y 2012 dicha facultad solo fue ejercida en 11 ocasiones (tanto en sede contenciosa como no contenciosa), para el año 2013 el tribunal ejerció la misma en 5 oportunidades, es decir, en solo 1 año realizó alrededor de la mitad del número de las propositiones que habían sido efectuadas en un período de 8 años, todo lo cual, no hace más que reforzar la idea planteada respecto de la gran importancia del Tribunal no solo como ente adjudicador de derecho, sino también como agente activo en la promoción de la libre competencia en el mercado chileno.

²⁴ Datos disponibles en la base de datos de TDLC actualizados al 2013 disponibles en página web www.tdlc.cl

²⁵ Artículo 18°.- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: 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.

Entre los ejemplos de propuestas podemos mencionar al caso ocurrido en el mercado de las telecomunicaciones, en el que la portabilidad numérica implementada por el gobierno, y que fuera recomendada en numerosas ocasiones por Tribunal, así como las nuevas normas sobre desbloqueo de celulares, ya han rendido sus primeros frutos en términos de mejores planes y precios más convenientes. O la proposición N° 14 del Tribunal, que contiene una serie de recomendaciones para promover la competencia en la prestación de servicios de telecomunicaciones en condominios y en desarrollos inmobiliarios que contemplen la puesta bajo tierra de las redes de telecomunicaciones. Si bien es cierto que dicha proposición fue de oficio por parte del Tribunal, debemos destacar que la proposición fue solicitada por el Fiscal Nacional Económico, a fin de que, es palabras de éste “la prestación de servicios de telecomunicaciones domiciliarios en edificios y condominios pueda ser otorgada por el mayor número de oferentes posibles”, hecho que no hace más que destacar la labor de nuestros órganos de protección de la libre competencia.

Cabe mencionar también, la importancia que ha adquirido la conciliación como forma de poner término a los juicios. Hay que hacer presente que la conciliación en sede de libre competencia difiere mucho del sentido que tiene la misma en materia civil, fundamentalmente debido a que en dicho proceso las partes por regla general disponen libremente de sus derechos. Así, por otro lado, los derechos que se discuten en materias de Libre Competencia son indisponibles, en tanto forman parte de la esfera del Derecho público-el que tiene por objeto de preocupación primordial el mercado y los consumidores, no los adversarios individualmente considerados²⁶-, por lo cual es necesariamente el Tribunal(tal y como señala el artículo 22 de D.L 211) el que debe llamar a conciliación; el que debe proponer bases de acuerdo y el que debe aprobarla siempre que no atente contra la libre competencia.²⁷

La posibilidad de conciliar en esta sede está pensada precisamente para poder solucionar problemas de libre competencia de mejor manera de lo que lo haría una sentencia

²⁶ Banfi del Rio, Cristián, “Acerca de la imputación de responsabilidad por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile” en *Revista chilena de derecho*, volumen 41 N°1, Santiago 2014. p 38 (37-58)

²⁷ Artículo 22: “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 por un término fatal y común de veinte días hábiles. 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.

condenatoria, al permitir acuerdos contractuales que no podrían ser establecidos en una sentencia.

Así, en este sentido, el año 2013 fueron 3 las causas terminadas por conciliación, una de las cuales fueron los requerimientos de la FNE en contra de EFE y de Unilever. Tales acuerdos permitieron a las autoridades de competencia la posibilidad de restablecer con rapidez las condiciones de competencia en los respectivos mercados relevantes, incorporando obligaciones y compromisos de competencia que van más allá de lo que el Tribunal hubiese podido imponer en sus sentencias.

Todo ello en lugar de sanciones de carácter pecuniario, que en algunas ocasiones, especialmente en casos de abusos de posición dominante, no aseguran el restablecimiento de las condiciones de competencia sino que simplemente satisfacen la pretensión punitiva.

De esta forma es que el Tribunal de Defensa de la Libre competencia realiza un real aporte en el mejoramiento de los mercados internos, junto con el consiguiente desarrollo económico que éste acarrea al país, mejorando en un primer término, la calidad de vida de sus ciudadanos. Por otra parte también ha permitido el desarrollo de nuevos emprendimientos, cuya iniciación se vería dificultada en circunstancias de existencia de barreras artificiales a la entrada en los mercados, causadas unas veces por prácticas restrictivas de la libre competencia cometidas por quienes dominan los mercados.

. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tiene un rol importante y fundamental en la eliminación de dichas barreras, y en dar la tranquilidad de que existe una institucionalidad que podrá defender a los agentes de aquellos abusos que pretendan excluirlos del mercado una vez dentro del mismo. Y esto sólo es posible de lograrlo poco a poco, paso a paso, con cada una de las decisiones alcanzadas por parte del Tribunal, ya que si bien éstas tienen por objetivo primero hacer justicia y aplicar el derecho al caso particular, contribuyen también a crear una mayor cultura de la competencia, tanto en el sector público como en el privado.

Favorecen a la creación un cuerpo jurisprudencial y doctrinal nutrido, el cual permite a los agentes económicos tener una mayor certeza jurídica en las actividades que éstos deseen emprender. Contribuyen también a la eliminación de barreras a la entrada en los mercados, que tanto dañan el desarrollo de los mismos y de la economía del país. Contribuyen además a evitar los abusos que tanto daño causan a los consumidores. Y para finalizar, contribuye también,

desde la función encomendada a ésta institución, a hacer de Chile quizás una gran nación, con mercados más competitivos, con un mayor desarrollo económico y agentes económicos que puedan actuar con más libertad, autonomía y en un clima en el cual hay mayor justicia y paz social.

Pero si bien es cierto que uno de los cimientos sobre los cuales se construyó el sistema chileno de defensa de la libre competencia es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no debemos dejar de algo al otro de los pilares encargados de la protección y promoción del mismo, a la Fiscalía Nacional Económica.

Un sistema de fiscalización de carácter público debe cumplir idealmente con varios objetivos. El primero de ellos, es entregar los incentivos correctos a quienes se encuentren potencialmente en la situación de violar las leyes de la competencia, de que no es más conveniente incurrir en una conducta atentatoria de la legislación antimonopolios que la consecuente multa de llegar a realizarla. El segundo objetivo, es detectar y sancionar a los culpables de éstas conductas, buscando incurrir en el menor costo posible, sabiendo que los recursos disponibles no son inagotables. Y el tercero, es que se deben crear incentivos para que se detecte y se persiga a los responsables.

Esto no es trivial, ya que para las víctimas de conductas anticompetitivas puede ser más costoso denunciar y litigar que el monto que recibirán en compensación, considerando por ejemplo, que en el sistema chileno junto con no consagrar un sistema de triple daños como lo es el de Estados Unidos, tampoco confiere a los acusadores el derecho automático a recibir una reparación monetaria en caso de ser acogida su demanda por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Es más, para requerir el pago de daños, quien alega debe comenzar un juicio especial por reparación en una sede judicial que no la libre competencia, una vez que el TDLC ya se ha manifestado sobre el fondo del asunto.

En Chile, el sistema de libre competencia permite tanto a la agencia (FNE) como a los agentes privados la facultad de iniciar causas por faltas a la libre competencia, a diferencia de lo

que ocurre por ejemplo en Estados Unidos, en donde la mayor parte de las acciones legales referidas a casos de libre competencia son emprendidas por los particulares.²⁸

Sin embargo, y si bien tanto la agencia pública como los agentes privados tienen la posibilidad de iniciar causas ante el Tribunal, ambos difieren entre otras cosas por la motivación que presentan unos, así como los beneficios a los cuales se apunta como objetivo a la hora de iniciar una solicitud.

En cuanto a los motivos, una empresa(o agente) privada decidirá generalmente emprender un juicio con el objetivo de detener una falta o acción anticompetitiva respecto de la cual esté siendo víctima, sin dejar de lado claro, la pretensión de obtener una compensación (por lo demás justa) del posible perjuicio que haya sufrido. Por su parte, la agencia pública decidirá actuar luego de efectuado un análisis estimativo de si para el caso en concreto se constituye una violación lo suficientemente grave respecto de la normas de competencia.

Por otro lado, los objetivos que ambos apuntan a la hora de iniciar una causa ante el Tribunal, éstos podrían diferir bastante entre sí, ya que por ejemplo, en las legislaciones que lo permiten, el sistema de los triples daños (presente por ejemplo, en Estados Unidos) presenta una muy buena posibilidad de obtener retribuciones que superen el posible perjuicio sufrido. En cambio para la agencia pública, y en nuestro caso, para la Fiscalía Nacional económica, en tanto actor no solo de la supervigilancia de la libre competencia, sino que en la labor de promoción de ésta, será conveniente perseguir un caso debido al posible efecto demostrativo de la sanción en el mercado, una vez verificada una conducta que atenta contra la libre competencia, para así generar una posible disuasión de conductas similares en el futuro.

En otro punto comparativo, la información es un aspecto bastante relevante a la hora de analizar las diferencias presentes entre el *enforcement* público y el privado. Por regla general, las empresas al ser agentes que participan activamente en los mercados, ya sea compitiendo o transando, se encuentran en una mejor posición para detectar las posibles practicas anticompetitivas que pudieren afectar al mercado o a ellos mismos. Para las empresas, los costos de detección y recolección de información son más bajos en comparación a los que debe incurrir la Fiscalía, debido a que una agencia pública debe fiscalizar muchos mercados y,

²⁸ González Aldo, Micco Alejandro y Caicha Constanza, “ Impacto, p 41

por lo tanto, no puede detectar prácticas anticompetitivas tan fácilmente como alguien que las vive diariamente.

Esto genera que muchas veces, el problema común en la Fiscalía tenga que ver con la deficiente calidad y cantidad de información a la cual ésta puede acceder a la hora de investigar, ya que tanto la información pública y privada que llega hasta las oficinas del organismo, muchas veces son malas y escasas, lo cual redundará en investigaciones más costosas y litigios más extensos.

Ahora bien, debemos recalcar que lo anteriormente dicho no obsta a que la Fiscalía cuente con una capacidad investigativa propia y eficiente. No son muchos los casos en los cuales las partes involucradas en la disputa serán los que revelarán voluntariamente la información necesaria para abordar el caso. Así por ejemplo, se ha establecido, como bien señalamos anteriormente, a la delación compensada, mecanismo por medio del cual se induce a las firmas involucradas en un caso de colusión (cartelización) a entregar información a cambio de una rebaja en las penas. Destacan también, las facultades especiales respecto de las cuales ha sido dotada la agencia pública, como las introducidas bajo la ley 20.361 del año 2009, entre las cuales fue introducida la facultad de interceptar comunicaciones y la de entrar a recintos públicos o privados con facultades para allanar y descerrajar, las que permitirían a la Fiscalía, acceder a una mejor calidad de información y mayor cantidad de ésta.

Para finalizar la comparación entre ambos sistemas, presentaremos algunas muestras obtenidas del análisis de casos presentados ante el TDLC desde su entrada en funcionamiento el año 2004, hasta el año 2013.²⁹ De los 202 juicios que fueron presentados al 2013, 141 fueron iniciados por particulares, es decir, más de un 75 % de ellos, lo que demuestra que pese a que en Chile no existen mecanismo de amplificación de daños, los privados tienen un rol bastante protagónico en las demandas de libre competencia en el País.

Como ha sido la tónica también, desde que se vieron fortalecida las facultades investigativas de la Fiscalía, junto con la consagración de la delación compensada, la orientación de la agencia a perseguir los casos de colusión también demuestra una tendencia, ya que de los 28 casos presentados hasta el 2013, en 25 de ellos la Fiscalía ha participado en ellos, lo que representa alrededor del 89 % de los casos.

²⁹ González Aldo, Micco Alejandro y Caicha Constanza, "Impacto... , p 51 y ss.

Una de las cosas que se le podría criticar, es el aparente sesgo de no participar cuando las el demandado ha sido una institución parte de la esfera pública. Esto, debido a que la Fiscalía se hizo parte en 6 de los 39 casos en los cuales era un organismo público el demandado, algo así como un 15%, en cambio ésta se hizo parte en 55 de los 163 casos en que el demandado era un agente privado, teniendo un 34% de participación. Sin embargo, la Fiscalía el año 2013 presentó un requerimiento contra la Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE), que buscaba obligar a dicha compañía a cobrar de forma transparente y no discriminatoria por el servicio de atravesos de la vía férrea. En este sentido, no seríamos capaces de afirmar o descartar tanto la existencia de sesgo por un lado, como la existencia de una unidad en la inclinación de combatir los ilícitos anticompetitivos frente a quien fuera que sea el sujeto activo.

Para destacar ahora, es el resultado que ha traído la participación de la Fiscalía en el resultado de los juicios de libre competencia, considerando entre ellos a tanto a sentencias condenatorias como absolutorias, conciliaciones y desistimientos. Y es que desde el 2004 hasta el 2013 el Tribunal resolvió 187 demandas. Pues bien, cuando la Fiscalía tomó parte, se consiguieron más de la mitad de fallos condenatorios; 30 de 50, mientras que cuando ésta no participó, el porcentaje de fallos condenatorios cayó a 20, es decir, a cerca del 15% de las demandas condenatorias. Posibles explicaciones a este fenómeno pueden provenir de la mejor capacidad investigativa de la cual fue provista la Fiscalía, de lo que se desprende una mejor calidad en la pruebas obtenidas, hecho que viene de cierta forma a superar la barrera antes mencionada, en la que se encuentra la agencia pública versus las empresas que si participan en los mercados, y que muchas veces pueden tener un mejor manejo en la información que la agencia pública.

El daño que generan las conductas anticompetitivas a los consumidores y la distorsión que introducen tanto en el funcionamiento del mercado como en la asignación de recursos, obligan a tener una Fiscalía fuerte e implacable. Es necesario que la Fiscalía se encuentre provista de una actitud que le permita imponer condenas tales como las señaladas por el TDLC y confirmadas por la Corte Suprema (\$US 20.000.000) en contra de las Farmacias que participaron de la colusión, o la impuesta para el llamado caso Pollos(otro de colusión) la que se consolidó con la multa más alta puesta en la historia de nuestro país, alcanzado los \$US

60.000.000, multa que se encuentra siendo reclamada actualmente en la Corte Suprema por parte de los afectados.

Cada un de las acciones que han sido emprendidas por parte de la Fiscalía han significado un paso más en la consolidación de las potestades, tanto en las nuevas, como las originales, y además un progreso para la institucionalidad en Chile. El caso Farmacias podría evidenciarnos una cierta hostilidad compartida tanto por la Fiscalía como por la Corte Suprema hacia los carteles, tendencia que esperamos se mantenga a la hora de resolver la reclamación que interpuso Aristía y Agrosuper en contra de la multa impuesta por el otro partícipe y sostén de nuestro sistema institucional de libre competencia, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. El mencionado caso, representa una de las primeras experiencias en el uso de las nuevas facultades, o facultades duras” de la Fiscalía, a saber el llamado dawnraid o registro por sorpresa, lo que muestra una gran disposición por parte de la agencia a utilizar todas las herramientas a su haber para combatir este tipo de conductas.

5. Conclusiones.

1) El entendimiento a cerca del modelo económico chileno no ha sido el mismo a partir del caso de la colusión efectuada por las empresas farmacéuticas el año 2008. La opinión pública ha vertido su mirada hacia la labor del Estado y al rol que a este le cupe en un contexto bajo el cual, si bien es cierto, se ha optado por no restringir la actividad económica, debe asegurarse de que las condiciones sobre las cuales se sostiene el modelo sean las mejores, de tal forma que se vean beneficiados todos por la apertura económica y no solo unos pocos.

2) De esta forma, surge el Derecho de la Competencia, a través del cual, el Estado se encarga de regular y sancionar las frecuentes y extendidas prácticas anticompetitivas en las que suelen caer los agentes económicos.

3) El sistema chileno de protección de la libre competencia se encuentra construido bajo un formato en el cual se encuentran separadas la facultad de investigar, la cual recae en la Fiscalía Nacional Económica, y por otro lado, un tribunal especial, llamado Tribunal de Defensa de la Libre competencia, encargado de conocer principalmente de los conflictos en sede de libre competencia, contando además, gracias a la apertura normativa del artículo 3 de D.L 211, con facultades un tanto regulatorias a nivel de mercado en general.

4) A partir de su labor tanto adjudicativa como implementativa, el Tribunal de Defensa de la Libre competencia realiza un gran aporte en el mejoramiento en la calidad de los mercados internos, junto con el consiguiente desarrollo económico que éste acarrea al país. Gracias a su labor, también se ha logrado el desarrollo de nuevos emprendimientos a partir tanto de la persecución de quienes dañan, ya sea por medio de barreras o de acuerdos colusorios, como también gracias a la labor de promoción que este genera a partir de sus decisiones con miras de generalidad.

5) En cuanto a la persecución de las conductas que atentan en contra de la libre competencia, existen dos sistemas que distan entre ellas y respecto de las cuales es conveniente comparar a partir de ciertos elementos. La motivación y el objetivo que busca alcanzar por un lado el *enforcement* privado a través de la litigación privada distan mucho de la labor y el objetivo al que apunta el *enforcement* público a través de la agencia. Así mismo, la información con la cual trabajan ambos dista mucho en cuanto al contenido de ella, así como también a la forma que tienen de obtenerla.

6) De un análisis de las muestras tomadas desde que se ha puesto en funcionamiento el Tribunal de Defensa de la Libre competencia el año 2004 hasta el año 2013, se concluye el cumplimiento en la labor que le ha sido encomendada a la Fiscalía, por cuando en su cometido se aumentan por ejemplo, las sentencias condenatorias cuando éste decide participar de un litigio, a la vez que esta misma disminuye cuando no participa. Por otro lado, vemos en la Fiscalía una constante en perseguir los ilícitos colusorios, mecanismos que dañan considerablemente al mercado y la economía, pero que a partir del aumento de las multas establecidas en el sistema, se espera que para los agentes luego de un análisis, no les sea más conveniente coludirse que el pagar la sanción en caso de ser descubiertos.

Bibliografía

- BANFI DEL RIO, Cristián, (2014) “Acerca de la imputación de responsabilidad por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile” en Revista chilena de derecho, volumen 41 N°1, Santiago.
- BARÓN ALCINA, Ignacio, "Referencia al Derecho Comparado de la Libre Competencia: Derecho Antitrust Norteamericano y Derecho de la competencia en la Unión Europea, Centro de la Libre Competencia UC, Santiago, 2007.
- DE VENANZI Augusto, “Globalización y Corporación. El orden social en el siglo XXI”, Anthropos, Barcelona 2002.
- GONZÁLEZ, Aldo, MICCO, Alejandro y CAICHA, Constanza. (2013) “ Impacto de la persecución pública en los juicios sobre libre competencia en Chile. Cep, Santiago, 2013.
- JENY, Frédéric. (2006). Razón de ser del Derecho de la Competencia y misiones encomendadas a sus autoridades, En Revista Ekonimiaz N ° 61, 1er Cuatrimestre, 2010.
- LUDERS, Rodolfo, “Sistemas económicos, tecnología y acción oficial en defensa de la libre competencia: Chile 1810-2010”, en “La libre competencia en el Chile del bicentenario”. Tribunal de defensa de la libre competencia, Thomson Reuters, 2011.
- MONTT OYARZÚN Santiago, "El tribunal de defensa de la libre competencia como ente regulador del comercio: Una mirada desde las políticas públicas" .Centro de Regulación y Competencia.
- WITKER Jorge, “Derecho de la Competencia en América(Canadá, Chile, Estados Unidos y México)” Fondo de Cultura económica, Chile, 2000.

- WITKER Jorge “El nuevo Tribunal Chileno de Defensa de la Libre Competencia ¿Un paradigma para Mexico? Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2006.

- WITKER Jorge; VARELA Angélica, “Derecho de la Competencia Económica en México”, UNAM, México 2003.