

PROYECTO DE LEY ANTICOLUSIÓN: OPORTUNIDADES Y RIESGOS EN SU TRAMITACIÓN

ANTI-CARTEL DRAFT BILL: OPPORTUNITIES AND RISKS IN ITS NEGOTIATION

*John Henríquez Oyarzo**

RESUMEN: En el presente trabajo se aborda las principales modificaciones propuestas al decreto ley n.º 211 por el presidente Sebastián Piñera. Adicionalmente, se analiza la falta de consenso político sobre la arquitectura institucional del sistema de libre competencia chileno, se realiza una revisión de su evolución y de sus principales modificaciones y se plantean los aspectos que lo más probable serán objetos de discusión legislativa. Si bien el espíritu de las propuestas contenidas en el proyecto de ley del gobierno está bien orientado, no existen garantías de que en el transcurso de la tramitación de esta reforma legal no se promuevan enmiendas que causen un perjuicio relevante al sistema de libre competencia vigente en nuestro país.

PALABRAS CLAVE: Libre competencia, criminalización de la colusión, fiscalización.

ABSTRACT: This paper analyses the main amendments proposed to Decree Law N° 211 made by president Sebastián Piñera. Additionally, the paper studies the lack of political consensus regarding institutional architecture of the Chilean competition system, conducts a review of its evolution and its main amendments, and present issues that may be subject to legislative discussion. Although the spirit of the amendments contained in the bill is well oriented, there are no guarantees that in the course of processing this

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Investigador del Instituto Libertad y Desarrollo y colaborador permanente del Programa UC de Libre Competencia. Correo electrónico: johenriquez@uc.cl

legal reform there will not be new amendments that may cause significant harm to the Chilean competition system.

KEYWORDS: Antitrust, Criminalization of collusion, Public enforcement.

I. INTRODUCCIÓN

El presidente Sebastián Piñera, a inicios de diciembre de 2019, anunció la presentación de una “agenda antiabusos”. Dicha agenda, impulsada como respuesta a las protestas sociales iniciadas en octubre del mismo año, tenía múltiples propósitos. Además de proponer la revisión de los cuerpos legales que regulan la actividad financiera, la agenda incluía modificaciones al régimen de libre competencia con el objetivo de combatir con mayor severidad las colusiones.

En marzo de este año, el anuncio gubernamental –en lo que se relaciona con el sistema de libre competencia– se materializó en la presentación de un proyecto de ley¹ (proyecto anticollusión). La decisión de impulsar una reforma legal al decreto ley n.º 211 (DL 211), piedra angular del sistema de libre competencia chilena, fue una sorpresa para los usuarios de la institucionalidad y para la opinión pública en general. En efecto, el programa de gobierno con el que fue electa la actual administración, si bien incluía alusiones genéricas a la importancia de la competencia en los mercados, no contemplaba la presentación de modificaciones legales en la materia, habida cuenta, por lo demás, de la reciente reforma que este cuerpo legal había experimentado.

En resumen, la iniciativa legal del Ejecutivo pretende reformar el DL 211 en los siguientes aspectos:

- i) otorgarle a la Fiscalía Nacional Económica (FNE) nuevas herramientas para la persecución de carteles;
- ii) aumentar las penas para el delito de colusión cuando recaiga sobre bienes y servicios de primera necesidad y
- iii) crear la figura de denunciante anónimo.

Si bien el espíritu de las propuestas está bien orientado –así como el diagnóstico que hace el Ejecutivo en el mensaje–, no existen garantías de que en el transcurso de la tramitación de esta reforma legal no se promuevan enmiendas que causen un perjuicio relevante al sistema de libre competencia vigente en Chile.

¹ “Proyecto que fortalece la investigación y persecución de carteles y aumenta su pena en caso que indica”, en *Boletín* n.º 13.312-03.

II. FALTA DE CONSENSO POLÍTICO SOBRE EL FUTURO DEL DL 211

A diferencia de lo que ocurre entre buena parte de los académicos y usuarios de la institucionalidad en libre competencia –en que existe consenso sobre las virtudes generales del sistema vigente–, en la esfera política existen importantes diferencias sobre la regulación antimonopolio actual. A continuación, se abordan las principales diferencias observadas en los programas de gobierno de los candidatos a la presidencia para el periodo 2018-2022.

Referencias al sistema de libre competencia en los programas de gobierno	
Sebastián Piñera	Alejandro Guillier
Proteger la libre competencia mediante el monitoreo del proceso de aprobación para fusiones y el fortalecimiento de la delación compensada.	Velar por limitar los excesivos grados de concentración económica, defender la libre competencia y apoyar a las organizaciones de consumidores.
Carolina Goic	Beatriz Sánchez
Establecer un catálogo de delitos en materia de atentados a la libre competencia por medio de la modificación de la Ley n.º 20393 sobre responsabilidad de las personas jurídicas.	(i) Fortalecer su capacidad de regulación para evitar la concentración económica y aumentar las penas asociadas a la colusión; (ii) Eliminar la prescripción de los delitos económicos; (iii) Quitarle la titularidad de la acción penal a la FNE en materia de carteles; y (iv) Establecer la posibilidad de apelar a las decisiones de la FNE en materia de fusiones (control de operaciones de concentración).

Del análisis de los ejes programáticos de los candidatos, se aprecia que el Frente Amplio –coalición que presentó como candidata presidencial a Beatriz Sánchez– tiene importantes reparos no solo respecto a los fines del derecho de la competencia, sino que, también, sobre elementos esenciales de la institucionalidad vigente.

Como antecedente previo, es conveniente recordar que fue tras el colapso financiero mundial generado por la crisis *subprime* de 2008 que vino la primera ola de evaluaciones críticas del *laissez faire* en el derecho de la libre competencia².

En particular, pareciera ser que este grupo político se ha sumado a la corriente conocida como *hipster antitrust*, cuya principal representante es la

² NEWMAN (2019), p. 67.

abogada Lina M. Khan³. Esta corriente, que se ha popularizado debido a las investigaciones realizadas a la empresa Facebook y a otros gigantes tecnológicos, plantea que los actuales sistemas de libre competencia –centrados en el “bienestar del consumidor”⁴– no están preparados para capturar la arquitectura del poder de mercado en la economía moderna, en que las plataformas digitales –motivadas por su necesidad de crecer– tienen incentivos para realizar estrategias predatorias y usar la información disponible para afectar a sus competidores.

Se trata de una corriente preocupante, pues desconoce que las estructuras no son perniciosas *per se*, sino que son las conductas las que pueden tener efectos nocivos en la competencia. Esta corriente académica, que postula como soluciones eficientes la desintegración de las empresas o la regulación de sus precios, difiere sustancialmente con la visión imperante hoy día en los principales sistemas de libre competencia.

En Chile, por ejemplo, existen autores que sugieren la conveniencia –en casos muy justificados– de que las autoridades de competencia controlen los precios excesivos para las empresas que sean acusadas de “superdominantes” en un mercado relevante determinado. Además de establecer un test para determinar su procedencia, los autores justifican la intervención señalando que la necesidad del control se verifica tanto si se adopta una perspectiva restringida como una amplia de los propósitos del derecho de la competencia. En efecto, afirman que, desde una óptica más amplia,

“la tendencia actual es considerar al derecho de la competencia como una herramienta más -dentro del amplio espectro de las políticas públicas- que permite lidiar con las desigualdades y promover la inclusión en todos los sectores de la economía, pues resulta evidente que el poder de mercado tiene un efecto directo en la desigualdad (por ejemplo, BAKER y SALOP 2015)”⁵.

Este movimiento académico no solo ha influenciado a autores chilenos, sino que, también, ha sido mencionado por autoridades de competencia en España. Pilar Sánchez, al referirse a los objetivos de los sistemas de libre competencia, también alude a la corriente *hipster antitrust* –aunque sin mencionarla directamente–, señalando que desde ciertos ámbitos académicos se ha mencionado al combate contra la desigualdad como uno de los nuevos

³ KHAN (2016).

⁴ La teoría neoclásica explica que este bienestar es maximizado en escenarios donde existe competencia perfecta, puesto que los recursos económicos son plenamente aprovechados. Existe eficiencia tanto asignativa como productiva.

⁵ SAAVEDRA y TAPIA (2019), p. 98.

objetivos de los regímenes de defensa de la competencia. Sus impulsores, según Pilar Sánchez,

“establecen la existencia de un vínculo entre la actual concentración de poder económico, que se habría alcanzado por la aplicación rigurosa de la defensa de la competencia en las décadas pasadas, y el aumento de la desigualdad (BAKER y SALOP, 2015)”⁶.

Entre las fuerzas políticas con representación parlamentaria, en definitiva, hay diferentes visiones sobre la institucionalidad vigente en materia de libre competencia y sobre el papel de la autoridad de la competencia en general. Con el transcurso del tiempo, parte importante de la clase política chilena parece haber olvidado la importancia del crecimiento económico en el bienestar social y ha mirado con desconfianza el éxito empresarial. Al mismo tiempo, se ha masificado la creencia –incorrecta en opinión del autor– de que las únicas causas que explican el descontento social en Chile son la concentración económica y la desigualdad.

Tal situación, sumado a que la Constitución no contempla limitaciones a la iniciativa legal parlamentaria en este tópico, hace probable un intenso debate respecto no solo respecto a los pilares estructurales y objetivos del derecho de la libre competencia, sino que, también, respecto a puntos particularmente controversiales tales como la existencia y alcance de la delación compensada, la titularidad de la acción penal en los delitos de colusión y la magnitud de las sanciones impuesta a los agentes económicos que cometen ilícitos anticompetitivos.

Adicionalmente, conviene destacar que, dado el contexto en que se impulsó este proyecto de ley, no se pudo desarrollar un trabajo prelegislativo adecuado que permita garantizar un cierto consenso previo sobre las ideas matrices de la iniciativa legal. Hubiese sido deseable, tal como se hizo para la última reforma (Ley n.º 20945 de 2016), la convocatoria a una comisión técnica transversal que identifique los ajustes que requiere el sistema y una labor similar a la realizada por la FNE previo a la tramitación de dicha ley. En efecto, el diagnóstico realizado por la Comisión Rosende –que trabajó y emitió su informe durante el primer periodo del presidente Sebastián Piñera– y el trabajo de la FNE fueron fundamental en la exitosa tramitación de aquella reforma legal. Felipe Irrázabal explica la labor⁷ del órgano persecutor, señalando:

⁶ SÁNCHEZ (2018) p. 58.

⁷ RIVAS (2018) afirma que los esfuerzos planificados de la FNE para construir una reputación técnica y actuar como un emprendedor de políticas desempeñaron un papel relevante en el otorgamiento de los poderes regulatorios que le fueron concebidos en la Ley n.º 20945.

“la planificación consistió en contar con un diagnóstico claro de lo que se requería reformar, en ir mostrando en el tiempo esa necesidad a propósito de casos concretos y en encargar estudios externos que reafirmaran el diagnóstico del problema y sugirieran soluciones”⁸.

Aun cuando la corriente *hipster antitrust* no cuente con una popularidad tal que le permita reformar los pilares del sistema vigente de defensa de la competencia, será un desafío para el Ejecutivo –y para quienes valoran las fortalezas, tanto institucionales⁹ como de atribuciones y procedimientos, de nuestro sistema– convencer a los actuales parlamentarios sobre las virtudes del régimen vigente. Resultará fundamental, entonces, acudir a la persuasión y al diálogo para perfeccionar –y no retroceder– un sistema flexible que, con sus luces y sombras, goza de merecido prestigio y que ha sido fundamental para la consolidación de nuestro modelo económico. Como explica Luciano Simonetti, la esfera política –en la que se encuentran y contraponen la heterogeneidad de los puntos de vista imperantes en una sociedad– requiere de diálogo y mutua persuasión para alcanzar puntos de encuentro¹⁰.

III. LA IMPORTANCIA DE LA LIBRE COMPETENCIA

La experiencia demuestra la importancia que tienen los sistemas económicos en el desempeño de los países. En efecto, a mayor grado de libertad económica –que deriva en mayores grados de competencia– los niveles relativos de desarrollo son más altos¹¹. En virtud de sus fundamentos y beneficios, es que la competencia, como principio de mercado, se constituye como el “motor del sistema económico liberal”¹².

La libre competencia o antitrust, en tanto, es definida como

“una clase de regulación indirecta cuyo objetivo es controlar el ejercicio del poder de mercado en situaciones en las que dicho control depende de la existencia de varias empresas que compiten entre sí”¹³.

⁸ IRARRÁZABAL (2019), p. 141.

⁹ Enrique Vergara, presidente del Tribunal de la Libre Competencia, valora la existencia de autoridades con sólidos conocimientos técnicos y funciones claramente diferenciadas. Disponible en www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/CuentaPublica/dia-de-la-competencia.pdf [fecha de consulta: abril de 2020].

¹⁰ SIMONETTI (2020), p. 8.

¹¹ ROJAS y BERRÍOS (2016), p. 46.

¹² JUPPET y MORALES (2018), p. 5.

¹³ COLOMA (2009), p. 13.

Los mercados que funcionan en condiciones de competencia son eficientes, pues permiten que los consumidores accedan, al menor costo posible, a una variedad de bienes o servicios ofrecidos por los productores. La competencia, según explica Richard Whish, es un proceso de rivalidad entre firmas o agentes del mercado buscando ganar clientes comerciales a través del tiempo¹⁴. El resultado del proceso competitivo es la maximización del bienestar social, situación que debe ser impulsada por los Estados por medio de políticas públicas adecuadas y regulaciones que no inhiban el ingreso de nuevos actores a los mercados ni generen ventajas injustas para los incumbentes. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), afirma Andrés Rioseco¹⁵, utiliza la evaluación del bienestar¹⁶ como criterio fundamental al momento de interpretar la normativa de defensa de la libre competencia.

Sin embargo, puede ocurrir que empresas que detentan poder de mercado hagan un mal uso de este. Dicho mal uso, consistente en alterar las condiciones de los mercados, repercute negativamente tanto en los consumidores como en los competidores de la empresa infractora. Según se desprende de la definición de Germán Coloma, el objetivo del derecho de la competencia es el control del poder de mercado. En concreto, no es la existencia de poder de mercado lo que castiga el DL 211, sino que el abuso que las empresas hagan de este. El poder de mercado se identifica, según la autoridad de libre competencia mexicana, como

“la persistencia de niveles de precios por encima de los niveles que deberían observarse en un ambiente competitivo, donde los precios obedecen únicamente a consideraciones de costo”¹⁷.

Con todo, no siempre es indispensable la existencia de poder de mercado en la configuración de prácticas anticompetitivas. En efecto, la legislación vigente no exige poder de mercado en el caso de los ilícitos constitutivos de carteles duros (consistentes en la adopción de acuerdos entre competidores con el propósito directo de eliminar a la competencia). La aprobación de la Ley n.º 20945, que eliminó la exigencia consistente en que el acuerdo entre las partes confiriera poder de mercado, introdujo en el ordenamiento jurídico la regla *per se* para carteles duros¹⁸.

¹⁴ WHISH & BAILEY (2018), p. 4.

¹⁵ RIOSECO (2020) p. 3.

¹⁶ Agrega que no es necesariamente el bienestar del consumidor el que se pretende proteger, ejemplificando lo que ocurre en los casos de conductas unilaterales exclusorias.

¹⁷ COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA (2018), p. 93.

¹⁸ Jorge Grunberg estima que su incorporación produce importantes beneficios. En concreto, tiene un efecto disuasorio y genera ahorros en los costos administrativos destinados a la persecución de estos ilícitos. Véase GRUNBERG (2020), p. 4.

En suma, el papel del Estado es fundamental para que los mercados funcionen de manera eficiente. La competencia en los mercados no solo trae beneficios al promover un mayor crecimiento económico de los países y la reducción de la pobreza, sino que, también, es “un factor incidente en la mejora de los niveles de equidad, en específico, la igualdad de oportunidades”¹⁹. Es por ello que, cuando el Estado sanciona o previene atentados a la libre competencia, si bien limita la libertad de algunos, lo hace precisamente para proteger la competencia libre en los diferentes mercados y para evitar el costo social derivado de la falta de rivalidad entre los competidores. Con todo, autores como Barack Orbach²⁰ advierten que la función básica del derecho antimonopolio, al imponer restricciones a la libertad económica de las empresas con el propósito de reducir daños, es delicada.

Es así como el legislador, en el DL 211, reconoció de forma expresa la existencia de dos deberes del Estado en la materia, que emanan del art. 1º de dicho cuerpo legal. En particular, se trata de la promoción de la competencia y la defensa de la competencia.

Respecto a la promoción de la competencia, conviene precisar que se trata de un deber que le corresponde tanto al TDLC como a la FNE. La promoción no tiene relación con el conocimiento de un ilícito anticompetitivo determinado, sino que busca promover que en Chile prime una cultura de competencia libre. Este deber, respecto del cual la legislación ha sido escueta²¹, se traduce en la facultad de efectuar recomendaciones normativas, la orientación de los agentes económicos y los asesores jurídicos, entre otras herramientas.

La defensa de la competencia, en cambio, apunta fundamentalmente a la respuesta de la legislación y de la institucionalidad respecto a amenazas concretas. Para cumplir con el deber de defensa de la competencia, el legislador dispuso que los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en el mismo DL 211. En cuanto al diseño regulatorio, se optó por un marco normativo provisto de instituciones con atribuciones diferenciadas y precisas.

En primer lugar, se contempla la existencia de la Fiscalía Nacional Económica. Dicha institución tiene como misión la investigación y prosecución de los casos de libre competencia representando el interés de la colectividad en el orden económico. Además, desempeña un papel esencial en el sistema de control de operaciones de concentración, entre otras materias.

¹⁹ ROMERO (2013), p. 9.

²⁰ ORBACH (2019), p. 1462.

²¹ ARANCIBIA (2017), p. 210.

Una de las propuestas contenidas en el proyecto de ley en comento, de vital importancia en el cumplimiento de los fines de los sistemas de competencia, es la creación de un cargo de Jefe de División de la Unidad de Fiscalización en la FNE. La unidad, que se creó en abril de 2019 y que se convertirá en División, tiene por fin velar por el cumplimiento de las resoluciones de la FNE y de los fallos y decisiones dictados por el TDLC y la Corte Suprema. Se trata de una enmienda de especial relevancia, pues, como explica Daniel Crane:

“el Derecho Antitrust es efectivo en la medida que sus mecanismos tengan enforcement. Lo sustantivo y lo procedimental no son cuerpos distintos, sino que parte de un continuo de reglas legales e institucionales, prácticas y mecanismos operando conjuntamente para asegurar el bienestar del consumidor y la eficiencia. Por tanto, es imposible entender las reglas sustantivas sin comprender los mecanismos más relevantes de ejecución de las mismas”²².

En segundo lugar, nuestra institucionalidad contempla la existencia de un tribunal colegiado –compuesto por cinco miembros– y muy especializado, formado por abogados y economistas. El TDLC no solo debe resolver respecto de los diferentes litigios que se sometan a su conocimiento, sino que, también, debe pronunciarse sobre asuntos no contenciosos.

Finalmente, es la Corte Suprema –en particular la Tercera Sala– la encargada de revisar los fallos y resoluciones del TDLC, actuando como última instancia. Según Felipe Irarrázabal, el contrapeso al que está sujeto el TDLC frente a la Corte Suprema es:

“sano y necesario, en tanto obliga al primero (TDLC) a conectar el derecho de la competencia a los principios generales del sistema jurídico y a traducir la argumentación a algo inteligible para un juez generalista y con escasos conocimientos profundos en la ciencia económica”²³.

En definitiva, la fórmula por la que optó el legislador –con una institucionalidad bien diseñada y un DL 211 que no define de manera pormenorizada las conductas ilícitas (permitiendo que el sistema descansa fundamentalmente en las resoluciones y sentencias de los tribunales)– facilita el correcto desarrollo del derecho de la competencia que, por definición, es en particular complejo y dinámico dada su naturaleza casuística y la heterogeneidad de los mercados involucrados.

²² CRANE (2010), p. 1.

²³ IRARRÁZABAL (2019), p. 137.

Estos atributos, sumado a la responsabilidad de las actuales y pasadas autoridades de libre competencia, han sido esenciales para tener el ecosistema que se tiene hoy: un sistema consolidado y prestigioso, con instituciones que gozan de importantes atribuciones y un importante desarrollo jurisprudencial.

IV. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE LIBRE COMPETENCIA CHILENO

A. *Orígenes de la legislación antimonopolio en Chile*

La historia de las normas antimonopolio en Chile, gracias a la influencia de la Misión Klein-Saks, comienza el año 1959. En dicho año, y tras la aprobación de la Ley n.º 13305, se implementaron por primera vez preceptos legales que tienen relación con la defensa de la competencia en los mercados. La primera ley, que apuntaba a la eliminación de los monopolios que afectaban a la industria y comercio nacional, estaba inspirada en la legislación antimonopolios de Estados Unidos²⁴.

En particular, en el título v de dicha ley –denominado “Normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial”– se establecía, a través de once artículos, materias tales como la prohibición de otorgar a los particulares la concesión de monopolios, la prohibición de celebrar actos o convenciones que tiendan a impedir la libre competencia, las sanciones (penales y multas), la creación de la Comisión Antimonopolios, entre otras.

En 1963, en tanto, se promulgó la Ley n.º 15142, que modificó la ley del año 1959. Dicha ley, que creó el cargo de fiscal, determinó que este quedaría bajo la dependencia de la Comisión Antimonopolios. Sin perjuicio de considerarse un avance en la institucionalidad, el cargo de fiscal tenía importantes carencias que fueron resueltas con posterioridad. En particular, dicho cargo no contaba con presupuesto propio, no tenía independencia y no tenía personal propio.

B. *El decreto ley n.º 211 de 1973*

El proceso de cambio que experimentó Chile en materia económica durante la segunda mitad de 1970 se basó en el reemplazo de una economía basada en el modelo de sustitución de importaciones y en resguardos proteccionistas a una, por medio de reformas liberalizadoras en distintas áreas, en que primara la apertura al comercio exterior y el aumento de la competencia.

²⁴ BERNEDO (2013), pp. 40-41.

Refiriéndose a estas reformas, Domingo Valdés describe lo ocurrido:

“se reducen las barreras arancelarias, comienzan a desaparecer los monopolios nacionales que se habían formado a la sombra de una legislación proteccionista, gradualmente se eliminan los controles de precios y diversas barreras a la entrada a los mercados, se privatizan empresas públicas y se da mayor espacio a la iniciativa privada”²⁵.

La autoridad de la época, que buscaba elevar la competencia en el mercado doméstico, impulsó reformas en dicho sentido, pues como señala Patricio Rojas²⁶, la apertura produce presión competitiva desde el exterior, aspecto que reduce o elimina la posibilidad de obtener rentas sobre normales, reduciendo con ello la posibilidad de que existan monopolios.

En materia de defensa de la libre competencia, se optó por reemplazar la legislación vigente a la fecha por una nueva, con el propósito de que esta fuera más eficaz y pudiera efectuar de mejor manera las tareas de fiscalización, control y prevención. El DL 211, en su formulación original, estableció penas privativas de libertad en los casos de colusión e, incluso, incluyó sanciones aún más severas para los casos en que el delito recayere en el ámbito de los bienes o servicios de primera necesidad.

A diferencia del proyecto en tramitación²⁷, en dicho cuerpo legal se optó por orientar la labor del juez a través de la incorporación de un listado no taxativo de bienes y servicios considerados esenciales. En efecto, en el inciso segundo del artículo primero –además de aumentar la pena en un grado– se dispuso que reunirían la condición de primera necesidad los servicios y artículos relacionados con la alimentación, el vestuario, la vivienda, medicinas y la salud.

Adicionalmente, cabe destacar que la institucionalidad estaba conformada por las Comisiones Preventivas Regionales, la Comisión Preventiva Central, la Comisión Resolutiva y la Fiscalía Nacional Económica. Las comisiones, que tenían, desde una perspectiva orgánica, una naturaleza administrativa²⁸, serían reemplazadas el año 2004 por el TDLC.

Este cuerpo normativo, a pesar de las relevantes reformas que ha tenido y que se describe a continuación, continúa vigente.

²⁵ VALDÉS (2006), p. 236.

²⁶ ROJAS y BERRIOS (2016), p. 7.

²⁷ Con todo, el texto propuesto por el Ejecutivo incluye criterios que reducen la discrecionalidad del juez en la materia. En efecto, el segundo párrafo del nuevo inciso segundo del art. 62 propuesto establece lo siguiente: “Para esta calificación de los bienes o servicios se deberá considerar, entre otros criterios, si el bien o servicio es de alta relevancia para la vida cotidiana de las personas, si es de uso masivo, o si fue grave el perjuicio causado a los consumidores por la conducta”.

²⁸ VELOZO y GONZÁLEZ (2011), p. 22.

C. Las relevantes reformas al DL 211

i) Fortalecimiento de la FNE - Ley n.º 19610 de 1999

El gobierno del presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, impulsado por la Comisión Jadresic, promovió el perfeccionamiento de la institucionalidad reguladora del Estado. En materia de libre competencia, el Ejecutivo de la época finalmente optó por empujar una reforma gradual a la institucionalidad –basada de hecho en el fortalecimiento de FNE–, a pesar de que ciertos grupos promovían una reforma integral.

Quienes promovían una reforma integral, incluso, estuvieron, al inicio de la tramitación, por rechazar la idea de legislar sobre el proyecto de ley del Ejecutivo. En opinión del diputado Jaime Orpis, la modificación inicial propuesta por el Ejecutivo era insuficiente, siendo fundamental –como primer paso de modernización del Estado– avanzar en la creación de tribunales económicos, como organismos especializados y autónomos²⁹.

Algunos expertos invitados, según consta en la *Historia de la ley*, criticaron el mecanismo de designación de los integrantes de las comisiones, la falta de autonomía de los órganos de libre competencia e impulsaron la necesaria separación entre la función investigadora y la resolutoria³⁰. El diputado Eugenio Tuma, por su parte, en una intervención de sala dio cuenta que el debate legislativo generó un amplio consenso sobre la necesidad de avanzar de manera decidida hacia la modernización integral de la legislación de libre competencia³¹.

El fortalecimiento de la Fiscalía Nacional Económica –en el que había consenso– se tradujo en una serie de propuestas. En concreto, la iniciativa legal buscaba homologar las remuneraciones de la FNE a las de las superintendencias, contar con recursos para contratar estudios externos, fortalecer las facultades de investigación (aspecto que generó controversias) y aumentar la dotación y el presupuesto del órgano persecutor.

En definitiva, la iniciativa legal pudo convertirse en ley tras un acuerdo político alcanzado en la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados. Mientras en dicha Corporación el proyecto fue aprobado en general con 76 votos favorables (no hubo ni rechazos ni abstenciones), en el Senado también el proyecto consiguió un contundente respaldo, pues contó con el voto favorable de 36 de sus miembros y una sola abstención.

Finalmente, la ley descrita fue promulgada el 19 de mayo de 1999 y, entre otras materias, definió a la FNE como un servicio público descentralizado,

²⁹ *Historia de la Ley* n.º 19610, p. 89.

³⁰ *Op. cit.*, p. 33.

³¹ *Op. cit.*, p. 115.

con personalidad jurídica y patrimonio propio, incrementó su presupuesto y aumentó su número de funcionarios. Además, otorgó al fiscal la atribución de instruir las investigaciones que estimara procedentes –con el deber de notificar al afectado– y lo facultó para instruir la reserva de una investigación en la medida que se notificara al presidente de la Comisión Resolutiva.

Esta reforma marcó el inicio de un notable perfeccionamiento del régimen de libre competencia en Chile. Su aprobación permitió a la FNE profesionalizar su labor y, según Virginia Rivas³², consiguió que la FNE pasara de ser una agencia desconocida durante gran parte de su historia, prácticamente sin atribuciones e incapaz de hacerse respetar, a un ente dotado de poderes excepcionales para un órgano de la administración³³.

ii) Creación del TDLC - Ley n.º 19991 de 2003

La iniciativa legal, que se convirtió en ley el 14 de noviembre de 2003, fue fundamental en el proceso de modernización de la legislación chilena antimonopolios. Dicha ley permitió el reemplazo de las Comisiones Preventivas (una en cada región del país y que actuaban como tribunal de primera instancia) y de la Comisión Resolutiva (que actuaba como tribunal de segunda instancia) por el Tribunal de Defensa de Libre Competencia.

Además, se le otorgó al TDLC la categoría de órgano jurisdiccional sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Se dispuso que los ministros titulares³⁴, que serían cinco miembros, debían cumplir con requisitos que garanticen su idoneidad técnica. En su designación participarían:

- El Presidente de la República: quien designaría de modo directo al presidente del Tribunal, debiendo elegirlo de una quina elaborada por la Corte Suprema. A parte de eso, también tendría el deber de escoger a otros dos ministros, uno de cada área profesional, a partir de dos nóminas de tres postulantes confeccionadas por el Banco Central.
- Consejo del Banco Central: designaría directamente a dos de sus integrantes, previo concurso público de antecedentes.

Otro aspecto esencial de esta reforma fue la modificación del esquema de sanciones contenida en la legislación vigente en dicha época. Bajo la

³² Gracias a dicha ley y a la Ley n.º 20945.

³³ RIVAS (2018), pp. 92-93.

³⁴ A diferencia del DL 211 vigente, no se dispuso la obligación de dedicación exclusiva de los ministros. Además, su remuneración se fijó en ochenta unidades tributarias mensuales con un complemento por sesión asistida (como límite se dispuso una remuneración total de ciento veinte unidades tributarias mensuales).

argumentación de que la sanción penal nunca había sido utilizada (debido a los altos estándares probatorios exigidos en materia penal), el legislador estimó conveniente su eliminación y establecer sanciones *únicamente* en el ámbito administrativo.

El gobierno del presidente Ricardo Lagos, fue quien impulsó esta reforma legal, explicaba en dicha época que:

“como contrapartida a la eliminación del carácter penal, que rara vez ha dado paso a la acción penal y se estima que no ha logrado disuadir las conductas contra la libre competencia, se propone aumentar las multas y hacer responsables solidariamente de su pago a los directores, gerentes o administradores de las empresas que incurrieren en ellas. De esta forma, estimamos que la eliminación del carácter penal, lejos de sugerir un ablandamiento frente a las violaciones de esta ley, va a disuadir de forma más eficaz a los potenciales infractores”³⁵.

En efecto, en dicha ley se optó por aumentar el monto máximo de las multas de manera considerable (multas de hasta veinte mil unidades tributarias anuales). Para determinar la aplicación de las multas³⁶, se establecieron como criterios el beneficio económico obtenido por el infractor, la calidad de reincidente del mismo y la gravedad de la conducta, entre otros no mencionados de forma explícita. Dichos criterios, que en la actualidad incluyen expresamente también el efecto disuasivo³⁷ y la capacidad económica del infractor³⁸, han sido aplicados por el TDLC en diferentes casos³⁹.

Por último, es conveniente señalar que, al igual que las modificaciones legales precedentes, esta reforma fue respaldada por la inmensa mayoría de los partidos con representación parlamentaria de dicho periodo. Enrique Vergara, aludiendo a los perfeccionamientos que se han hecho al DL 211 desde 1973 al 2016, sostiene:

³⁵ *Historia de la Ley* n.º 19991, p. 7.

³⁶ Ricardo Jungmann sostiene que, si bien el tribunal aplica las reglas de la sana crítica, respecto de las multas es el propio art. 26 del DL 211 el que delimita la discrecionalidad del juez. Véase: JUNGSMANN (2017), p. 706.

³⁷ El Colegio de Abogados, en el marco de la tramitación de la Ley n.º 20945, sugirió eliminar de las circunstancias que se deben tener en consideración para la determinación de la multa aquella consistente en que la multa sea “efectivamente disuasiva”, señalando que se traba de una norma innecesaria y contraproducente. Véase COLEGIO DE ABOGADOS (2016), pp. 10 y 20.

³⁸ Incluidos por la Ley n.º 20945. Dicha ley, además, aumentó el techo de las multas aplicables. Véase al efecto el art. 26 del DL 211.

³⁹ Véanse sentencias del TDLC en las siguientes causas: i) FNE con AM Patagonia S.A. y otros; ii) FNE con Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros.

“como se puede apreciar, el perfeccionamiento de nuestra institucionalidad de libre competencia es un tema que ha generado altos grados de consenso en nuestras autoridades, lo que se ha reflejado en las votaciones que han tenido estos proyectos de ley”⁴⁰.

iii) Introducción de la delación compensada

- Ley n.º 20361 de 2009

En materia de detección de carteles, esta reforma significó un avance sustancial. En concreto, el proyecto de ley no solo incluyó un nuevo fortalecimiento de las atribuciones de la FNE⁴¹, un aumento considerable en las multas⁴² y ajustes a la descripción de las conductas sancionables, sino que, también, innovó al incorporar al DL 211 la figura de la delación compensada.

Una colusión tiene lugar, explica Germán Coloma, cuando se está en presencia de

“una situación en la cual una serie de empresas acuerdan no competir entre ellas con el objetivo de incrementar los beneficios conjuntos de todo el grupo”⁴³.

Las colusiones –como han señalado el TDLC, la Corte Suprema y prestigiosos autores⁴⁴– son las conductas más graves contra la libre competencia.

El TDLC, en el marco del caso Navieras⁴⁵, afirmó:

“la colusión es el atentado más grave en contra de la libre competencia, por cuanto no sólo suprime la rivalidad entre competidores, miembros del cartel, incrementando las ganancias de los oferentes y disminuyendo el beneficio de los demandantes, sino también porque subvierte el uso del proceso competitivo como mecanismo de vigilancia de las actividades en un mercado, asegurando ventajas competitivas a ciertos participantes”.

⁴⁰ VERGARA (2017), p. 7.

⁴¹ Francisco Agüero señala que, respecto a las medidas intrusivas, estas pueden ser desproporcionadas respecto a la gravedad de las conductas perseguidas y que su uso exige la existencia de órganos autónomos e independientes, lo que, pese a las reformas legales introducidas a dicha fecha, era un estadio que no se había conseguido respecto de la FNE. Véase AGÜERO (2009).

⁴² Aumentando las multas en hasta treinta mil unidades tributarias anuales.

⁴³ COLOMA (2009), p. 95.

⁴⁴ “Horizontal agreements between independent undertakings to fix prices, divide markets, to restrict output and to fix the outcome of supposedly competitive tenders are among the most serious restrictions of competition”. Véase WHISH & BAILEY (2018) p. 520.

⁴⁵ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2019), cons. ducentésimo vigésimo sexto.

La Corte Suprema, en tanto, se ha referido al perjuicio derivado de las colusiones en diferentes causas. Al resolver el requerimiento de la FNE en contra de la Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros, sostuvo:

“la colusión constituye de –entre todas las conductas atentatorias contra la libre competencia– la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas, de lo que se sigue que el resultado probable de tal coordinación es la subida de precios, la restricción de la producción y con ello el aumento de los beneficios que obtiene los participantes”⁴⁶.

Asimismo, en el requerimiento de la FNE en contra de Abercrombie & Kent S.A. y otros sentenció

“la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento anticompetitivo de las empresas”⁴⁷.

La delación compensada⁴⁸, que ha demostrado ser una de las herramientas más efectivas para detectar acuerdos colusorios, incentiva a los agentes económicos que forman parte de una colusión para delatar su participación en esta y proporcionar antecedentes que permitan a la FNE desbaratar dicho acuerdo.

Este mecanismo⁴⁹, que como explican José Huerta y Martín Fischer⁵⁰, otorga un “beneficio de exención” para el primer delator y un “beneficio de reducción” para el segundo.

Su incorporación al derecho chileno, ajena a nuestra tradición jurídica, levantó dudas respecto al sentido de justicia de dicho mecanismo⁵¹ y fue motivo de debate durante la tramitación de la iniciativa legal. El Alberto Cardemil, por ejemplo, sostuvo que la eximición de responsabilidad le parecía preocupante⁵².

Con todo, finalmente el mecanismo contó con un amplio apoyo en el Congreso Nacional, pues fue respaldada por la mayoría de los expertos invitados a exponer sobre el proyecto de ley. Dichos expertos no solo confirmaron la utilidad práctica del mecanismo en otras jurisdicciones, sino que, también, sugirieron importantes perfeccionamientos al texto original del Ejecutivo.

⁴⁶ CORTE SUPREMA (2015), cons. vigésimo.

⁴⁷ CORTE SUPREMA (2012b), cons. vigésimo primero.

⁴⁸ Es una aplicación del Equilibrio de Nash y la Teoría de Juegos.

⁴⁹ En otras jurisdicciones se le conoce como programas de clemencia o *leniency*.

⁵⁰ HUERTA Y FISCHER (2020), p. 3.

⁵¹ CRUZ (2016), p. 15.

⁵² *Historia de la Ley* n.º 20361, p. 107.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta esencial referirse a una propuesta particular del Ejecutivo, que fue modificada durante su tramitación. En efecto, al presentarse el proyecto de ley⁵³ no se incluía la posible exclusión de los beneficios de la delación compensada para el organizador de la conducta ilícita que coaccionó a los demás miembros del cartel. En efecto, la iniciativa –en su formulación original– permitía a los organizadores de los acuerdos colusorios acceder, como cualquier otro solicitante, a los beneficios otorgados por la delación compensada.

Finalmente, la Comisión Mixta⁵⁴ –que conoció las discrepancias entre la Cámara de Diputados y el Senado– acordó incluir en el artículo que regularía a la delación compensada una limitación en materia de beneficios. La referida limitación consistió en que los beneficios se otorgarían,

“salvo que se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella”.

Dicha restricción continúa vigente en el DL 211 y fue determinante en la sentencia de la Corte Suprema sobre el denominado caso Tissue⁵⁵.

En definitiva, a diez años de la implementación del mecanismo de delación compensada, no existen dudas en el ecosistema de libre competencia sobre su importancia en la detección y sanción de carteles. Las cifras lo demuestran: desde la implementación de este mecanismo, parte importante de los requerimientos de la FNE han tenido su origen en delaciones de miembros activos de carteles. En concreto, de los requerimientos presentados ante el TDLC por acuerdos colusorios, entre los años 2010 y 2017, el 41% ha utilizado el mecanismo de delación compensada⁵⁶.

iv) La reincorporación de la sanción penal
- Ley n.º 20945 de 2016

Según María Elina Cruz⁵⁷, existen tres casos de alta connotación pública que facilitaron la aprobación del proyecto de ley que impulsó la presidenta

⁵³ El art. 26 bis original luego se convirtió en el art. 39 bis.

⁵⁴ Participaron en dicho acuerdo los senadores Juan Antonio Coloma, José García y Jovino Novoa y los diputados Jorge Burgos, Francisco Encina y Eugenio Tuma.

⁵⁵ La Corte Suprema revocó el beneficio de delación compensada que se había otorgado a CMPC Tissue S.A. y la condenó al pago de una multa a beneficio fiscal de veinte mil unidades tributarias anuales. Argumentó que CMPC Tissue S.A. no solo organizó el acuerdo colusorio, sino que, también, ejerció coacción de carácter económico contra su competidor para que forme parte del acuerdo y, posteriormente, para asegurar su permanencia. Véase CORTE SUPREMA (2020), cons. quincuagésimo cuarto.

⁵⁶ “FNE en cifras - 2017”, diapositiva n.º 14. Disponible en www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/04/FNE-en-cifras.pdf [fecha de consulta: marzo de 2020].

⁵⁷ CRUZ (2016), pp. 2-4.

Michelle Bachelet y que se publicó en el *Diario Oficial* en agosto de 2016. En particular, la autora se refiere a aquellos que involucraron a la industria farmacéutica, a la industria avícola (en que sancionó a la asociación gremial que las agrupaba con la disolución de su personalidad jurídica) y a la industria del *tissue*. Dichos casos, debido a las industrias involucradas, motivaron diversas reacciones.

La FNE⁵⁸, por ejemplo, insistió sobre la necesidad de avanzar hacia un sistema de multas que sea realmente disuasivo, ya que el monto de la multa –en opinión del organismo– era menor al daño económico que generaban los acuerdos colusivos.

La Corte Suprema, en tanto, en el marco del denominado caso Farmacias se pronunció sobre el efecto disuasorio de las sanciones señalando:

“En este tema resulta absolutamente relevante que la imposición de la multa disuada de persistir en conductas como las investigadas y sancionadas, puesto que esta Corte considera que la decisión sobre la cuantía de la multa lleva implícita la finalidad de reforzar su efecto disuasorio, en razón del beneficio que las empresas coludidas obtienen de la conducta ilícita a corto plazo”⁵⁹.

Claudio Agostini, al referirse sobre este punto mientras se tramitaba la reforma, afirmó:

“para que una multa tenga algún efecto disuasivo respecto a potenciales conductas anticompetitivas, debe ser suficiente en magnitud como para que los costos esperados en caso de ser sorprendido y castigado sean mayores que los beneficios de violar la ley. De lo contrario, no hay ningún incentivo para no volver a violar la ley”⁶⁰.

Respecto a esta materia, la Comisión Rosende⁶¹ –instancia convocada en la primera administración del presidente Sebastián Piñera con el propó-

⁵⁸ Véase al efecto: www.fne.gob.cl/corte-suprema-confirma-multas-por-colusion-contra-agrosuper-aritzia-y-don-pollo-y-endurece-sancion-contra-el-gremio-que-las-reune/ [fecha de consulta: marzo de 2020].

⁵⁹ CORTE SUPREMA (2012a), cons. nonagésimo.

⁶⁰ AGOSTINI (2015), p. 3.

⁶¹ La referida comisión detectó espacios de mejoras en los siguientes aspectos: sanciones, delación compensada y sistema de consultas de fusiones. Una de las materias en que no existió consenso fue en la incorporación explícita de sanciones penales en la legislación antimonopolios. Con todo, los comisionados estuvieron de acuerdo en que –de establecerse sanciones penales en la legislación– se faculte a la FNE para requerir su aplicación. La sugerencia de facultar a la FNE en la materia no solo se basaba en que se trata de materias complejas que requieren alta especialización, sino que, también, en que su presencia es necesaria para que opere el mecanismo de la delación compensada.

sito de perfeccionar el régimen de libre competencia— previamente había recomendado⁶² la adopción de la práctica existente en diversos países consistente en la fijación de las multas como un porcentaje de las ventas de la empresa durante el periodo en que se cometió la infracción.

En el mundo político, en tanto, se inició la tramitación de una moción parlamentaria⁶³ —patrocinada por los senadores Alberto Espina, Antonio Horvath, José García, Carlos Cantero y Andrés Chadwick— con el propósito de reincorporar en nuestro ordenamiento jurídico la sanción de cárcel para los casos de colusión, agregando al DL 211 un nuevo art. 3 bis del siguiente tenor:

“El que realice cualquiera de las conductas descritas en la letra a) del artículo 3°, será castigado con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados”.

El proyecto de ley que se aprobó al final, impulsado por el Ejecutivo de la época, tuvo un alcance más amplio que la moción descrita en el párrafo anterior. En efecto, las principales enmiendas aprobadas fueron las siguientes:

- a. Cambio en el cálculo de las multas que la FNE puede solicitar al TDLC: se eliminó el monto máximo y se fijaron multas de hasta el 30% de las ventas de la línea de productos o servicios involucrados o hasta el doble del beneficio económico derivado de la infracción. En caso de que ninguna de estas hipótesis pudiera calcularse, el legislador determinó que se podrían aplicar multas por hasta sesenta mil unidades tributarias anuales.
- b. Se otorgó a la FNE la atribución exclusiva para ejercer la acción penal en materia de carteles y se determinó que se sancionaría con hasta penas de diez *años de cárcel los acuerdos colusivos*.
- c. Se incorporó una sanción accesoria para las personas naturales condenadas por el delito de colusión consistente en la inhabilitación absoluta temporal —de hasta diez años⁶⁴— para desempeñar
 - i) cargos ejecutivos en sociedades anónimas abiertas o sujetas a normas especiales;
 - ii) cargos de director o gerente de empresas del Estado en las que éste tenga participación y
 - iii) cargos de director o gerente de una asociación gremial o profesional.

⁶² ROSENDE *et al.* (2012), p. 13.

⁶³ “Proyecto de ley que sanciona penalmente la colusión”, *Boletín* n.º 6.457-07. Adicionalmente, la iniciativa establecía que en estos casos se debían remitir de inmediato los antecedentes al Ministerio Público.

⁶⁴ La Comisión Rosende sugirió esta norma, pero con una inhabilitación menos extensa (de hasta cinco años).

- d. Se introdujo un nuevo sistema de control preventivo obligatorio de operaciones de concentración.
- e. Se otorgaron nuevas atribuciones a la FNE: realizar estudios de mercado, emitir recomendaciones no vinculantes, entre otras.

La promulgación de la Ley n.º 20945, aprobada hace menos de cinco años, fue la última reforma que se realizó al régimen de libre competencia y contó con informes previos de instituciones como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y miembros del University of College de Londres (UCL).

Lejos de ser una ley con cambios acotados o cosméticos, fue una reforma que modificó sustancialmente nuestra regulación antimonopolios y que convirtió a Chile en una de las jurisdicciones que contemplan las sanciones más severas del mundo, equiparando a Chile a los estándares de los países más robustos en temas de competencia⁶⁵.

V. CONTENIDO DEL PROYECTO ANTICOLUSIÓN

El proyecto de ley, en su formulación original, pretende introducir modificaciones de diferente naturaleza al DL 211. Las enmiendas principales se detallan a continuación:

- a. Nuevas herramientas para la persecución de carteles: se proponen nuevas facultades⁶⁶ para la FNE, las cuales, en casos graves y calificados, podrá ejercer el Fiscal Nacional Económico, previa autorización del TDLC y del ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago correspondiente. De las herramientas propuestas, destacan:
 - i) la facultad de solicitar el alzamiento del secreto y la reserva bancaria y
 - ii) la imposición de sanciones penales a quienes impidan las medidas de entrada y registro, oculten o destruyan evidencia.
- b. Aumento de las penas para el delito de colusión cuando recaiga sobre bienes y servicios de primera necesidad: se incorpora al art. 62 del DL 211 una figura agravada de colusión referida a aquellos casos en que el ilícito anticompetitivo recaiga sobre bienes y servicios básicos que son utilizados por la gran mayoría de la población y cuya demanda es inherentemente inelástica. La pena asociada a esta nueva figura agravada es la de presidio mayor en su grado mí-

⁶⁵ BUDNIK (2017) p. 55.

⁶⁶ Se mantienen los requisitos para el ejercicio de facultades que pudieren afectar garantías fundamentales de las personas investigadas por la FNE.

nimo, pena que va desde los cinco años y un día a los diez años de presidio. Sobre este punto, la iniciativa legal establece las siguientes definiciones y determinaciones:

- i) Bienes y servicios de primera necesidad: el proyecto de ley considera bienes y servicios de primera necesidad aquellos que son indispensables para la subsistencia de las personas y no incluye un listado taxativo de los bienes y servicios que deben ser considerados como tales. Serán los Tribunales de Justicia quienes, de acuerdo con las circunstancias del caso particular, determinen si los hechos constitutivos de la conducta ilícita coinciden o no con el tipo agravado de colusión. Con todo, la iniciativa establece criterios para efectuar la calificación, incluyendo aspectos tales como la relevancia para la vida cotidiana de las personas, la masividad del bien o servicio o la gravedad del perjuicio causado a los consumidores.
 - ii) Normas de determinación de la pena: de acuerdo con el actual inciso tercero del art. 62 del DL 211, el Tribunal Penal –para determinar la pena– no puede considerar lo dispuesto en los arts. 67 a 69 del *Código Penal*, ni las reglas especiales de determinación de las penas establecidas en otras leyes. Por el contrario, debe aplicar las reglas contenidas en los numerales 1 a 5 de dicho inciso tercero. Tratándose del tipo agravado de colusión introducido por este proyecto, el tribunal tampoco podrá considerar las normas de determinación de la pena de los arts. 41 a 54 del *Código Penal*, ni las establecidas en otras leyes especiales. Por consiguiente, y sin importar tanto las atenuantes como las agravantes que concurren, el tribunal no podría imponer una pena inferior a los cinco años y un día, ni superior a los diez años de prisión. Además, no procedería la aplicación de ninguna pena sustitutiva.
- c. Creación de la figura del denunciante reservado: se convierte en obligatorio para la FNE el resguardo de la identidad de quienes denuncien la existencia de conductas anticompetitivas cuando estos así lo soliciten. Es decir, que la identidad y los datos que permitan identificar al denunciante no constarán en el expediente, precaviendo así las posibles consecuencias que pueda sufrir como resultado de su contribución al esclarecimiento de un ilícito anticompetitivo. Para prevenir eventuales abusos de este mecanismo, el proyecto propone incorporar al art. 41 del DL 211 un nuevo tipo penal que sancione a quienes presenten ante la FNE una denuncia fundada, a sabiendas, en antecedentes falsos o fraudulentos con el propósito de perjudicar a uno o más agentes económicos, replicando los tipos

penales previstos en el inciso cuarto de la letra h) del art. 39 y en el inciso sexto del art. 39 bis de la misma ley.

- d. Otras modificaciones: el proyecto de ley contempla medidas para resguardar la evidencia electrónica, la creación de un cargo de Jefe de División para efectos de fiscalización de la FNE, el apercibimiento y sanción administrativa a funcionarios públicos que no den cumplimiento a requerimientos de información del Fiscal Nacional Económico, entre otras enmiendas.

VI. EL PROYECTO DE LEY EN DISCUSIÓN:

OPORTUNIDADES Y RIESGOS

El sistema de libre competencia chileno funciona de manera adecuada, con autoridades empoderadas que detentan amplias facultades y un desarrollo jurisprudencial relevante. Si bien algunas de sus últimas modificaciones relevantes aún no han tenido aplicación directa –como la reincorporación de la sanción penal en materia de colusión⁶⁷–, parece conveniente permitir que la institucionalidad opere para determinar, en la medida que proceda, la necesidad de introducirle nuevos perfeccionamientos.

Sin perjuicio de lo anterior, la iniciativa legal objeto de este artículo –en su formulación original– está bien orientada y es coherente con el correcto diseño que tiene la legislación antimonopolios.

En particular, se estima que las nuevas atribuciones en materia de persecución de carteles que se le pretenden otorgar a la FNE no serán objeto de mayor discusión y serán aprobadas con un amplio apoyo gracias a la buena reputación de la que goza dicho organismo.

Respecto a la creación de la figura del denunciante anónimo, se considera que se trata de una propuesta valiosa y con altas probabilidades de tener una tramitación exitosa, sin perjuicio de los perfeccionamientos que se le introduzcan en el Congreso Nacional. Sobre este punto es conveniente recordar que, en la actualidad y aún sin la modificación propuesta, se pueden realizar denuncias anónimas a la FNE sobre ilícitos anticompetitivos. Existen autores que han señalado que la propuesta del gobierno en este punto es insuficiente puesto que faltarían incentivos a las personas para realizar las denuncias, sugiriendo la inclusión de cuantiosas recompensas como en el Reino Unido⁶⁸. Compartiendo la finalidad última de quienes promueven la

⁶⁷ Debido a que tales enmiendas entraron en vigencia hace menos de cinco años.

⁶⁸ *Pulso - La Tercera*, Santiago, 16 de diciembre de 2019, p. 2.

entrega de recompensas, se cree que su inclusión podría generar malas prácticas –personas que quieran obtener los beneficios sin entregar antecedentes precisos o veraces que sirvan de base para futuros requerimientos– que podrían entorpecer la labor de la FNE.

Por otra parte, la incorporación de la agravante en el caso en que las colusiones recaigan sobre bienes y servicios de primera necesidad, que constituye una de las propuestas fundamentales de este proyecto de ley, merece ser estudiada con detención, pues generará amplio debate en el Congreso Nacional.

Como se mencionó, una norma con similar propósito fue incluida en el DL 211 original, siendo desechada posteriormente por el legislador debido al nulo uso que había tenido la sanción penal. Sin perjuicio de lo anterior, durante la tramitación de la Ley n.º 20495 se volvió a discutir sobre su conveniencia. El debate lo gatilló la presentación de una indicación parlamentaria⁶⁹ –impulsada por los diputados Cristián Monckeberg y José Manuel Edwards– que proponía incorporar un nuevo art. 286 bis en el *Código Penal*. En lo que se relaciona con la materia, la indicación pretendía establecer lo siguiente:

“Cuando las conductas señaladas en el inciso anterior recayeren sobre bienes y servicios de primera necesidad, se aplicará el máximo de la pena señalada”.

Finalmente, y tras un arduo debate, dicha indicación fue rechazada.

Conviene, entonces, referirse a la propuesta efectuada por la actual administración. El proyecto de ley, en su formulación original, dispone que para la calificación de los bienes y servicios se requerirá

“considerar, entre otros criterios, si el bien o servicio es de alta relevancia para la vida cotidiana de las personas, si es de uso masivo, o si fue grave el perjuicio causado a los consumidores por la conducta”⁷⁰.

La norma propuesta exige, dado que formó parte del ordenamiento jurídico y que Chile cuenta con un régimen sancionatorio especialmente severo gracias a la reforma de 2016, pedir información sobre la justificación de su reincorporación.

Adicionalmente, se cree que la redacción de la norma –si bien evita incluir un listado taxativo (inconveniente por la velocidad en que cambian los mercados y las preferencias de los consumidores)– adolece de ser en exceso amplia para efectos de realizar de forma eficaz la calificación, en especial aquel criterio que considera la gravedad del perjuicio causado a los consu-

⁶⁹ *Historia de la Ley* n.º 20945, p. 200.

⁷⁰ Véase al efecto el inciso segundo nuevo que se propone incorporar al art. 62 del DL 211.

midores. En efecto, conviene preguntarse, ¿serán todos los bienes o servicios de primera necesidad excluyendo solo a los bienes suntuarios o de lujo? Surgen, al respecto, casos hipotéticos en los que aumenta la dificultad. Si, por ejemplo, un grupo de dermatólogos, o un grupo de empresas que ofrecen servicios de aire acondicionado se coluden, ¿serán calificados estos servicios como de primera necesidad?

Finalmente, se aconseja que la tramitación de esta iniciativa legal podría enfrentar dificultades en diferentes aspectos adicionales. En concreto, existe una probabilidad cierta de que se reabra la discusión⁷¹ sobre el titular de la acción penal en la persecución de carteles, el esquema de multas vigentes y los beneficios del sistema de delación compensada.

Respecto a la titularidad de la acción en materia penal, resulta fundamental conservar el diseño vigente⁷², pues su alteración podría dificultar la aplicación práctica de la delación compensada, instrumento que ha demostrado ser una de las herramientas más efectivas para detectar y sancionar carteles. El diseño institucional actual permite que la FNE, como organismo especializado y técnico, sea el encargado y responsable de la administración del sistema de libre competencia. En particular, la legislación vigente establece que la investigación penal del delito de colusión puede iniciarse de manera exclusiva por querrela de la FNE, una vez que se establezca la existencia del ilícito por sentencia definitiva firme y ejecutoriada del TDLC.

Innovar en este tópico podría, eventualmente, dificultar e, incluso, impedir la detección y sanción de los carteles. La existencia de investigaciones paralelas, principal defecto de tener a dos instituciones con la titularidad de la acción, desincentivaría el uso de las delaciones compensadas. A este defecto, se suman las posibles sentencias contradictorias que podrían dictarse en caso de que se tramiten dos juicios de manera paralela.

Los resguardos que se establecieron con ocasión de la aprobación de la Ley n.º 20945 parecen suficientes para garantizar que la FNE cumpla ciertos estándares al momento de ejercer la acción penal y reducen el ámbito de discrecionalidad del ente persecutor. Al efecto, se estableció de forma expresa que el Fiscal Nacional Económico deberá interponer querrela siempre que se afecte gravemente la competencia en los mercados y que, cuando estime inconveniente ejercer la acción penal, este deberá emitir una decisión fundada.

⁷¹ El sistema de control de operaciones de concentración no debería ser objeto de debate, dado sus buenos resultados y reciente modificación.

⁷² La FNE, a través de su *Guía interna para la interposición de querrelas por el delito de colusión*, ha complementado lo establecido por el legislador. Su existencia es esencial, pues contribuye a la difusión de los criterios generales que utilizará al determinar si decide interponer o no una querrela por el delito de colusión.

El hecho de que las leyes penales no tengan efecto retroactivo implica que para que la FNE se querelle por el delito de colusión es necesario que se descubra a un cartel funcionando en agosto de 2016⁷³. Las investigaciones relacionadas con carteles, debido a que se trata de acuerdos que no operan a vista y paciencia de la autoridad de libre competencia, son en particular complejas y requieren de un prologado espacio de tiempo. Tales investigaciones exigen el análisis de una cantidad considerable de evidencia, demandan el entendimiento de mercados relevantes especialmente complejos, entre otras materias. Por dichas razones, parece conveniente darle a la FNE –institución que ha hecho un buen uso de sus atribuciones y que ha sido exitosa en su labor– un voto de confianza y desechar la idea de innovar en esta materia.

En definitiva, si bien el proyecto de ley está bien orientado, existen riesgos considerables que podrían afectar la correcta arquitectura institucional en materia de libre competencia que se ha ido perfeccionando con los años en Chile. Resultará fundamental, entonces, que entre los parlamentarios prime la responsabilidad y conserven los pilares de un sistema que, con sus luces y sombras, goza de alto prestigio en Chile y también en el extranjero.

VII. CONCLUSIONES

El presidente Sebastián Piñera, a inicios de diciembre de 2019, anunció la presentación de una “agenda antiabusos”. En el ámbito de la normativa de libre competencia, el referido anuncio se materializó en la presentación de un proyecto de ley que pretende reformar el DL 211. Los aspectos fundamentales que se pretenden reformar son los siguientes:

- i) otorgarle a la FNE nuevas herramientas para la persecución de carteles;
- ii) aumentar las penas para el delito de colusión cuando recaiga sobre bienes y servicios de primera necesidad y
- iii) crear la figura de denunciante anónimo.

La experiencia demuestra la importancia que tienen los sistemas económicos en el desempeño de los países. En efecto, a mayor grado de libertad económica –que deriva en mayores grados de competencia– los niveles relativos de desarrollo son más altos. En dicho contexto, reformas que tengan como propósito el fortalecimiento de la competencia en los mercados son bienvenidas.

⁷³ Fecha en que entró a regir la Ley n.º 20945.

Si bien el espíritu de las propuestas está bien orientado, no hay garantías de que en el transcurso de la tramitación de esta reforma legal no se promuevan enmiendas que deterioren el sistema de libre competencia vigente en nuestro país. La Ley n.º 20945, aprobada hace menos de cinco años, fue la última reforma que se realizó al DL 211 y contó –a diferencia del proyecto en tramitación– con un importante trabajo prelegislativo previo que permitió su exitosa tramitación. Adicionalmente, la ausencia de consenso político sobre el diseño del sistema de libre competencia, sumado a que las enmiendas propuestas por el Ejecutivo no implican modificaciones estructurales a la institucionalidad vigente, invitan a reflexionar sobre la conveniencia de reabrir la discusión sobre la materia.

El fortalecimiento de las atribuciones de la FNE y la creación de la figura del denunciante anónimo debieran contar con un amplio apoyo en el Congreso Nacional. En otras materias, es probable que la discusión –por el interés público que generan– sea compleja. En particular, se observa con preocupación que se reabrirá la discusión sobre el titular de la acción penal en la persecución de carteles, el esquema de multas vigentes y los beneficios del sistema de delación compensada.

Respecto a la titularidad de la acción en materia penal, materia que será objeto de debate en el Congreso Nacional, se considera fundamental que se conserve la normativa vigente. Esta permite que la FNE, como organismo especializado y técnico, sea el encargado de su administración. Innovar en la materia podría, eventualmente, impedir la detección y sanción de los carteles. La existencia de investigaciones paralelas, principal defecto de tener a dos instituciones con la titularidad de la acción desincentiva el uso de las delaciones compensadas. A este defecto, se suman las posibles sentencias contradictorias que podrían dictarse en caso de que se tramiten dos juicios de manera paralela. Es conveniente darle a la FNE –institución que ha hecho un buen uso de sus atribuciones y que ha sido exitosa en su labor– un voto de confianza y desechar la idea de innovar en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

- AGOSTINI, Claudio (2015). “¿Cárcel para la colusión? Seis opiniones”, en *Puntos de Referencia*, n.º 409, Centro de Estudios Públicos. Disponible en www.cepchile.cl/cep/puntos-de-referencia/puntos-de-referencia-2015/carcel-para-la-colusion-seis-opiniones [fecha de consulta: 2 de mayo de 2020].
- AGÜERO, Francisco (2009). “Nuevas potestades de la Fiscalía Nacional Económica en la etapa de investigación de infracciones al D.L. 211”. Disponible en www.academia.edu/28217728/Nuevas_potestades_de_la_Fiscal%C3%ADa_Nacio-

- nal_Econ%C3%B3mica_en_la_etapa_de_investigaci%C3%B3n_de_infracciones_al_DL_211_A_prop%C3%B3sito_de_la_Ley_20361_ [fecha de consulta: 24 de abril de 2020].
- ARANCIBIA, Jaime (2017). “Potestades del Fiscal Nacional Económico para cumplir la función de promoción de la libre competencia en el DL 211”, en Felipe BELMAR (ed.). *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia*, Santiago: Fiscalía Nacional Económica.
- BERNEDO, Patricio (2013). *Historia de la libre competencia en Chile 1959-2010*, Santiago: Fiscalía Nacional Económica.
- BUDNIK, Gabriel (2017). “Análisis de la Ley N° 20.945, que perfecciona el sistema de defensa de la competencia”, en *Revista Derecho y Humanidades*, n.° 29, Santiago.
- COLEGIO DE ABOGADOS (2016). “Comentarios al proyecto de ley que modifica la legislación sobre defensa de la libre competencia que actualmente se tramita ante el Senado”. Disponible en <https://archivo.colegioabogados.cl/docsup/600065001453395318.pdf> [fecha de consulta: 12 de marzo de 2020].
- COLOMA, Germán (2009). *Defensa de la Competencia. Análisis económico comparado*, 2ª ed., Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA (2018). *Poder de mercado y bienestar social*, Ciudad de México: Cuadernos de Promoción de la Competencia.
- CRANE, Daniel (2010). “The Economics of Antitrust Enforcement”, in Keith HYLTON (ed.). *Antitrust Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.
- CRUZ, María Elina (2016). “El nuevo escenario de la colusión tras la modificación del año 2016”. Disponible en <https://derecho.udd.cl/cdre/files/2017/12/Working-Paper1.pdf> [fecha de consulta: 2 de mayo de 2020].
- GRUNBERG, Jorge (2020). “Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente”. Disponible en <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/02/Jorge-Grunberg.-Regla-per-se-para-carteles-duros-y-acuerdos-de-colaboraci%C3%B3n-entre-competidores.pdf> [fecha de consulta: 2 de mayo de 2020].
- HUERTA, José Miguel y Martín FISCHER (2020). “Nuevas multas en procedimientos para la protección del interés colectivo o difuso de consumidores y su relación con la delación compensada en materia de libre competencia”. Disponible en <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/02/Huerta-y-Fischer.-Nuevas-multas-en-procedimientos-para-la-protecci%C3%B3n-del-inter%C3%A9s.pdf> [fecha de consulta: 3 de mayo de 2020].
- IRARRÁZABAL, Felipe (2019). “Objetivos y estrategias utilizados para consolidar a la Fiscalía Nacional Económica como un servicio público confiable”, en *Estudios Públicos*, n.° 154, Santiago.
- JUNGMANN, Ricardo (2017). “El injusto monopolístico y la graduación de las sanciones”, en Felipe BELMAR (ed.). *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia*, Santiago: Fiscalía Nacional Económica.

- JUPPET, María Fernanda y Joaquín MORALES (2018). *La colusión en Chile. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Santiago: Thomson Reuters.
- KHAN, Lina M. (2016). "Amazon's Antitrust Paradox", in *The Yale Law Journal*, vol. 126.
- NEWMAN, John (2019). "Reactionary antitrust", in *Concurrences*, N° 4.
- ORBACH, Barack (2019): "The Present New Antitrust Era", in *William & Mary Law Review*, vol. 60.
- RIOSECO, Andrés (2020). "Libre competencia y derechos sociales: salud y educación". Disponible en <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/01/Rioseco-Libre-competencia-y-derechos-sociales.pdf> [fecha de consulta: 23 de abril de 2020].
- RIVAS, Virginia (2018). "La reputación técnica y el emprendimiento de políticas como fuente de poderes: el caso de la Fiscalía Nacional Económica", en *Estudios Públicos*, n.º 152, Santiago.
- ROJAS, Patricio y Félix BERRÍOS (2016). "Competencia en Chile: Cuánto se ha avanzado". Disponible en <https://lyd.org/wp-content/uploads/2016/03/SIE255CompetenciaenChileFebrero.pdf> [fecha de consulta: 1 de mayo de 2020].
- ROMERO, Juan José (2013). *Ejecución y cumplimiento de un marco normativo de libre competencia: influencias y opciones de diseño*, tesis doctoral para optar al grado de Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca.
- ROSENDE, Francisco *et al.* (2012). *Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia*.
- SAAVEDRA, Eduardo y Javier TAPIA (2019). "El control de los precios excesivos en el derecho de la libre competencia: análisis y propuesta", en *Estudios Públicos*, n.º 153, Santiago.
- SÁNCHEZ, Pilar (2018). "Defensa de la competencia y diseño institucional" en Julio SEGURA (ed.). *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español*, Madrid: Fundación Ramón Areces.
- SIMONETTI, Luciano (2020). "Plebiscito: ¿mecanismo democrático?". Disponible en <https://lyd.org/wp-content/uploads/2020/04/serie-informe-legislativo-57-febrero.pdf> [fecha de consulta: 2 de mayo de 2020].
- VALDÉS, Domingo (2006). *Libre competencia y monopolio*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VELOZO, Javier y Daniela GONZÁLEZ (2011). "Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia", en Ricardo JUNGSMANN *et al.* (ed.). *La libre competencia en el Chile del bicentenario*, Santiago: Thomson Reuters.
- VERGARA, Enrique (2017). *Anuario Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2016-2017*. Disponible en www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/anuario-2017/ [fecha de consulta: 12 de abril de 2020].

WHISH, Richard & David BAILEY (2018). *Competition Law*, 9ª ed., Oxford: Oxford University Press.

Jurisprudencia citada

CORTE SUPREMA (2012a). Rol n.º 2.578-2012. Fiscalía Nacional Económica con Farmacias Ahumada y otros, 7 de septiembre de 2012.

CORTE SUPREMA (2012b). Rol n.º 10.954-2011. Fiscalía Nacional Económica con Abercrombie & Kent S.A. y otros, 20 de septiembre de 2012.

CORTE SUPREMA (2015). Rol n.º 32.149-2014. Fiscalía Nacional Económica con Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros, 29 de diciembre de 2015.

CORTE SUPREMA (2020). Rol n.º 1.531-2018. Fiscalía Nacional Económica con CMPC y SCA Chile, 6 de enero de 2020.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2019). Rol C n.º 292-15, Fiscalía Nacional Económica con Compañía Marítima Chilena S.A. y otros, 24 de abril de 2019.

Otros documentos

Historia de la Ley n.º 20945, en www.bcn.cl/historiadelaley [fecha de consulta: 12 de marzo de 2020].

Historia de la Ley n.º 19610, en www.bcn.cl/historiadelaley [fecha de consulta: 25 de abril de 2020].

Historia de la Ley n.º 19991, en www.bcn.cl/historiadelaley [fecha de consulta: 25 de abril de 2020].

Historia de la Ley n.º 20361, en www.bcn.cl/historiadelaley [fecha de consulta: 25 de abril de 2020].

PROGRAMA DE GOBIERNO SEBASTIÁN PIÑERA, en www.sebastianpinera.cl/images/programa-SP.pdf [fecha de consulta: 21 de marzo de 2020].

PROGRAMA DE GOBIERNO DE ALEJANDRO GUILLIER, en www.servei.cl/wp-content/uploads/2017/09/Programa_Alejandro_Guillier_Alvarez.pdf [fecha de consulta: 2 de marzo de 2020].

PROGRAMA DE GOBIERNO DE CAROLINA GOIC, en www.servei.cl/wp-content/uploads/2017/09/Programa_Carolina_Goic_Boroevic.pdf [fecha de consulta: 2 de marzo de 2020].

PROGRAMA DE GOBIERNO DE BEATRIZ SÁNCHEZ, en www.frente-amplio.cl/sites/default/files/documentos/programa-beatriz_sanchez.pdf [fecha de consulta: 2 de marzo de 2020].