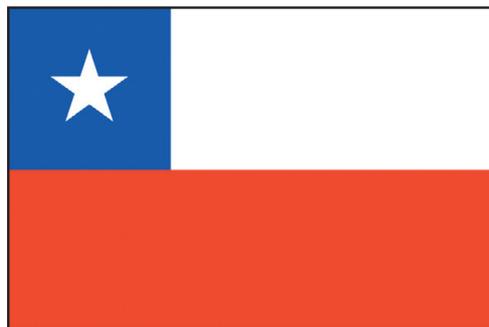




# Derecho y Política de Competencia en Chile



## Examen de Acceso



**DERECHO Y POLÍTICA  
DE COMPETENCIA EN CHILE**

**-- 2010 --**



## ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS

La OCDE constituye un foro único en su género, donde los gobiernos trabajan conjuntamente para afrontar los retos económicos, sociales y medioambientales que plantea la globalización. La OCDE está a la vanguardia de los esfuerzos emprendidos para ayudar a los gobiernos a entender y responder a los cambios y preocupaciones del mundo actual, como el gobierno corporativo, la economía de la información y los retos que genera el envejecimiento de la población. La Organización ofrece a los gobiernos un marco en el que pueden comparar sus experiencias políticas, buscar respuestas a problemas comunes, identificar buenas prácticas y trabajar en la coordinación de políticas nacionales e internacionales.

Los países miembros de la OCDE son: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Corea, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suecia, Suiza y Turquía. La Comisión Europea participa en el trabajo de la OCDE.

Las publicaciones de la OCDE aseguran una amplia difusión de los trabajos de la Organización. Éstos incluyen los resultados de la compilación de estadísticas, los trabajos de investigación sobre temas económicos, sociales y medioambientales, así como las convenciones, directrices y los modelos desarrollados por los países miembros.

*Este trabajo se publica bajo la responsabilidad del Secretario General. Las opiniones e interpretaciones que figuran en esta publicación no reflejan necesariamente el parecer oficial de la OCDE o de los gobiernos de sus países miembros.*

*La OCDE tiene dos lenguas oficiales, Inglés y Francés.  
La versión en Inglés de esta examen es la única oficial.*

© OCDE 2011

---

Toda solicitud de permiso para reproducir una parte de esta obra para fines no comerciales o docentes deberá obtenerse dirigiéndose a: Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 París, Francia, Tel. (33-1) 44 07 47 70, Fax (33-1) 46 34 67 19, para todos los países con excepción de los Estados Unidos. En los Estados Unidos el permiso debe obtenerse por conducto del Copyright Clearance Center, Customer Service, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 USA, o CCC Online: <http://www.copyright.com/>. Todas las demás solicitudes de permiso para reproducir o traducir este libro en parte o en su totalidad deberán dirigirse a: Publicaciones de la OCDE, 2, rue André-Pascal, 75775 París Cedex 16, Francia.

---

## PREFACIO

Esta revisión de la aplicación de la ley y la política de competencia en Chile es parte de una serie de revisiones de las políticas nacionales emprendidas por el Comité de Competencia de la OCDE. Se redactó como parte del proceso de adhesión de Chile a la OCDE.

El Consejo de la OCDE decidió iniciar debates con Chile sobre su adhesión el 16 de mayo de 2007 y el 30 de noviembre de 2007 se adoptó un plan de trabajo para la adhesión, exponiendo los términos, las condiciones y el proceso de la adhesión. En el plan de trabajo, el Consejo de la OCDE solicitó a una serie de comités de la OCDE que le hicieran llegar un dictamen formal. A la luz de los dictámenes formales recibidos por parte de los comités de la OCDE y demás información pertinente, el Consejo de la OCDE decidió invitar a Chile a convertirse en Miembro de la Organización el 15 de diciembre de 2009. Después de completar sus procedimientos internos, Chile se convirtió en miembro de la OCDE, el 7 de mayo de 2010.

Se pidió al Comité de Competencia (el “Comité”) que examinase la posición de Chile con respecto a los rasgos fundamentales en materia de competencia y que remitiese al Consejo un dictamen formal sobre la buena disposición y capacidad de Chile para asumir las obligaciones de la pertenencia a la OCDE. Al hacerlo, el Comité de Competencia evaluó el grado de coherencia de la ley y la política de competencia de Chile con respecto al de los países miembros de la OCDE. Este informe, redactado como parte de la revisión de la adhesión del Comité de Competencia, destaca algunos de los retos clave que Chile afronta en la implementación y aplicación de la política de competencia.

Si bien es cierto que la ley de competencia de Chile es simple y que las normas sustantivas son más generales que las existentes en otras jurisdicciones, la revisión determinó que fomenta la política y la aplicación efectivas contra los acuerdos restrictivos y las acciones concertadas, contra el abuso unilateral de la posición dominante, la exclusión predatoria y las fusiones anticompetitivas. En 2003 se produjeron importantes cambios legislativos, con la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), un organismo

independiente con funciones de toma de decisiones y defensa. Las tareas de velar por el cumplimiento de la ley se han asignado a la Fiscalía Nacional Económica (FNE), un organismo de investigación independiente.

El abuso de la posición dominante continúa siendo el área más importante de aplicación en Chile y el TDLC ha adoptado un planteamiento económico para su evaluación en el que la conducta no se interpreta como abusiva si resulta económicamente eficiente. El enfoque flexible del TDLC de evaluación económica tiene el costo de generar una cierta incertidumbre. De acuerdo con la revisión, podrían aclararse los métodos para definir los mercados, el estándar legal para el análisis de las fusiones, el tratamiento de los precios predatorios y el estándar probatorio aplicado a los carteles duros.

La revisión también constató que la lucha contra los carteles es cada vez más importante en Chile; en 2008 la Corte Suprema impuso la multa más elevada de su historia en el caso de los televisores de pantalla plana. Este desarrollo positivo debe continuar, al igual que el uso cada vez mayor de las guías y lineamientos de aplicación de la ley, para aclarar el alcance y la dirección de la política de la competencia en Chile.

La revisión de la ley y la política de competencia en Chile se realizó en base a una exhaustiva autoevaluación de las autoridades chilenas y a las respuestas de Chile a un detallado cuestionario, lo que fue complementado con la información reunida por una misión de investigación de la Secretaría, entrevistas con funcionarios públicos, operadores del mercado y académicos y la literatura pertinente. El borrador del presente informe se discutió con representantes chilenos en la reunión del Comité de Competencia de febrero de 2009. Esta versión final del informe refleja la situación a junio de 2009. Se publica bajo la responsabilidad del Secretario General de la OCDE.

La revisión ha sido redactada por el Dr. de León, Michael Wise y Patricia Hériard-Dubreuil, bajo la supervisión general de Robert Ley, de la Dirección de Asuntos Financieros y Empresariales.

## INDICE

|   |    |
|---|----|
| Resumen .....   | 7  |
| Introducción.....   | 8  |
| 1. Fundamentos .....  | 8  |
| 1.1. Desarrollo de las bases del derecho de la competencia .....                  | 9  |
| 1.2. Objetivos de la política: propósito y enfoque .....                          | 11 |
| 2. Cuestiones de fondo: contenido de la ley de competencia .....                  | 12 |
| 2.1. Acuerdos horizontales.....   | 14 |
| 2.2. Acuerdos verticales.....   | 16 |
| 2.3. Abuso de posición Dominante-monopolización .....                             | 17 |
| 2.4. Fusiones .....   | 23 |
| 2.5. Competencia desleal .....  | 28 |
| 2.6. Protección al consumidor.....  | 29 |
| 3. Instituciones: prácticas y estructura de la aplicación.....                    | 31 |
| 3.1. Instituciones de la política de competencia.....                             | 31 |
| 3.2. Procedimientos de aplicación y atribuciones .....                            | 32 |
| 3.3. Revisión judicial .....  | 36 |
| 3.4. Otros medios de aplicación de la ley de competencia .....                    | 37 |
| 3.5. Cuestiones internacionales y cooperación en materia<br>de cumplimiento ..... | 38 |
| 3.6. Recursos y prioridades.....  | 40 |
| 4. Regímenes sectoriales y exclusiones.....                                       | 43 |
| 4.1. Cuestiones sectoriales y regímenes especiales.....                           | 44 |
| 5. Cuestiones de competencia en procesos reguladores y legislativos .....         | 49 |
| 6. Conclusiones y evaluación .....  | 53 |
| 6.1. Política de competencia y aplicación de la ley en el presente .....          | 53 |
| 6.2. Tendencias: magnitud y dirección del cambio<br>a lo largo de 5-10 años.....  | 55 |
| 6.3. Implementación de los seis principios del plan de trabajo.....               | 56 |
| Notes.....  | 63 |
| Bibliografía.....   | 70 |

## **Recuadros**

|  |    |
|--|----|
| 1. AGIP A.G. vs. Supermercados Líder .....                 | 17 |
| 2. Guerra de televisores de pantalla plana .....           | 20 |
| 3. El caso Falabella .....                                 | 27 |
| 4. Punto de vista del consumidor en el Caso Falabella..... | 30 |

## **Tablas**

|  |    |
|--|----|
| 1. Resources, TDLC .....                                       | 40 |
| 2. Resources, FNE .....  | 41 |
| 3. Tendencias de las Acciones en Política de Competencia ..... | 42 |

## Resumen

La ley de competencia en Chile es sorprendentemente simple y general; no obstante, defiende una política y aplicación efectivas contra los acuerdos restrictivos y las acciones concertadas, contra el abuso unilateral de la posición dominante, la exclusión predatoria y las fusiones anticompetitivas. El contenido lo aporta la experiencia en la tramitación de los casos, que se basa cada vez más en la aplicación del análisis económico.

La aplicación de la ley ha aumentado de manera espectacular desde los cambios legislativos producidos en 2003, han reforzado las sanciones y hecho de la aplicación un procedimiento de confrontación. El cambio más importante en la aplicación ha sido la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). El TDLC, que realiza tanto el papel de toma de decisiones como el de promoción, cuenta con más independencia, más miembros cualificados, un mayor estatus, más poder y mayor presupuesto que las Comisiones a las que ha reemplazado. Los cambios estructurales han hecho que el sistema sea más transparente y efectivo. La asignación de tareas de aplicación entre un organismo de investigación independiente, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y la autoridad independiente encargada de la toma de decisiones, el TDLC, ha funcionado hasta el momento.

La lucha contra los carteles está recibiendo cada vez más atención. En 2008, la Corte Suprema confirmó la multa más elevada jamás aplicada. Además, el TDLC emitió su decisión de mayor alcance rechazando una fusión. Sin embargo, el abuso de posición dominante sigue siendo el ámbito más importante de aplicación la ley. El TDLC aplica un planteamiento económico, el cual no interpreta una conducta como abusiva si resulta económicamente eficiente.

El enfoque flexible del TDLC a la hora de aplicar los principios económicos debe, sin embargo, pagar un costo: su imprevisibilidad. A la hora de pronunciarse en contra de una fusión importante, por ejemplo, en el sector de la venta al por menor, el TDLC se alejó del enfoque más limitado de la definición tradicional de mercado, presente en decisiones previas, así como de la metodología presente en las guías de la FNE. La incertidumbre se magnifica con la inconsistencia de las orientaciones de la Corte Suprema. Los métodos para definir los mercados, el estándar legal aplicable a las fusiones, el tratamiento de los precios predatorios y el estándar probatorio aplicable a los carteles duros son, todavía, difusos.

Las guías y lineamientos de aplicación de la ley podrían aclarar el alcance y la dirección de la política. La FNE ha publicado una guía sobre fusiones, pero el TDLC, como organismo judicial independiente, no está obligado a seguir tales instrumentos. Para resultar más útiles a la hora de ayudar a las empresas de Chile a cumplir la ley, las guías sobre interpretación y análisis deberían seguir la práctica decisoria del TDLC, además de recurrir a los modelos y el aprendizaje de la comunidad internacional de la competencia.

## **Introducción**

Este informe de antecedentes fue presentado para prestar apoyo al Comité de Competencia, en la evaluación de la disposición y capacidad de la República de Chile para asumir las obligaciones como miembro de la OCDE, en lo que respecta a política de competencia, tal como se establece en el plan de trabajo de adhesión<sup>1</sup>. Se basa en la presentación inicial por parte de Chile de su posición en lo concerniente a la compatibilidad de sus leyes y políticas con los principios del plan de trabajo, las respuestas al cuestionario de seguimiento de la Secretaría y las conclusiones de las misiones de investigación de la Secretaría. Las primeras secciones del informe describen los fundamentos de la política, el derecho sustantivo y la experiencia en la aplicación de la ley, la estructura institucional, los regímenes normativos sectoriales y las exclusiones y el tratamiento de las cuestiones de competencia en los procesos reguladores y legislativos. La sección de conclusiones resume estos análisis dentro de los tres temas que el Comité ha recomendado para su evaluación: (1) la situación actual de la política de competencia y la aplicación de la ley, (2) la magnitud y dirección del cambio en la política de competencia durante los últimos 5-10 años, y (3) el alcance de la conformidad con las recomendaciones particulares de los instrumentos de la política de competencia a los que se hace referencia en el plan de trabajo.

### **1. Fundamentos**

Chile es una economía de tamaño mediano entre sus vecinos latinoamericanos, con un PIB de 232,8 mil millones de dólares (estimación de 2007). Su población de 16 millones de personas también le confiere un tamaño mediano en la región. Su geografía, con montañas a un lado y el océano al otro, tiende a aislar su mercado y quizá a reducir las presiones competitivas. La población y, por ende, la mayor actividad económica, se concentra en la zona central del país, sobre todo en el Valle Central. Para compensar los factores de coste de transporte y economía de escala que podrían conducir a unos mercados nacionales concentrados y menos competitivos, Chile se ha convertido en una economía muy abierta, pactando una serie de acuerdos de libre comercio durante los últimos 35 años.<sup>2</sup>

El desempeño económico reciente ha sido sólido. El PIB real ha crecido a una media anual del 5,5% desde 1990, mientras que el porcentaje de población que vive en pobreza se ha reducido a la mitad. La crisis financiera asiática de finales de la década de 1990 detuvo el crecimiento e hizo aumentar el desempleo, pero la economía permaneció estable y se recuperó con rapidez. En la actualidad el potencial de crecimiento se estima en un 4-5%. Este próspero desempeño está sustentado por políticas e instituciones económicas sólidas. La

calificación crediticia de Chile es la más elevada de Sudamérica. Puede que debido a su historia de liberalización económica y a su buena actuación económica, a menudo las empresas multinacionales ven a Chile como un trampolín de entrada en Sudamérica, a pesar de su modesto tamaño.

### ***1.1. Desarrollo de las bases del derecho de la competencia***

La historia del sistema de competencia en Chile comenzó en 1959, con la promulgación de la primera ley de competencia (Ley N° 13.305). Las disposiciones en materia de competencia fueron parte de una ley económica e industrial que respondía a las recomendaciones relativas a las políticas realizadas por una misión internacional de especialistas, cuyo propósito principal era el de abordar cuestiones de inestabilidad macroeconómica. Uno de los capítulos de la ley creó la Comisión Antimonopolio, cuya función era la de penalizar la conducta dañina y controlar las actividades industriales y comerciales. En 1963, se creó la Fiscalía Nacional Económica (o “FNE”) para investigar y procesar la conducta anticompetitiva. Estas instituciones llevaron pocos casos. Entre los años 1959 y 1973, la mayoría de las decisiones eran recomendaciones para impedir futuros incumplimientos. En un momento en el que gran parte de la economía estaba planificada, muchos productos y servicios estuvieron sujetos a regulación de precios y muchas empresas pertenecían o estaban gestionadas por el gobierno, tanto la política como la ley de competencia no desempeñaron un papel significativo.

Después del golpe de estado de 1973, los cambios de la política de competencia formaron parte de un programa para retomar los pasos previos del gobierno hacia una economía planificada. La Ley de Competencia (Decreto Ley N° 211 de 1973) creó nuevas instituciones, la Comisión de Competencia (conocida también como Comisión Resolutiva) y las Comisiones Preventivas Central y Regionales. Los miembros de la Comisión de Competencia y las Comisiones Preventivas no estaban remunerados y trabajaban a tiempo parcial. Estos organismos podían imponer sanciones, así como decretar órdenes y sugerir recomendaciones, mientras que la FNE continuaba con sus funciones de investigación y enjuiciamiento.

Durante las dos primeras décadas de trabajo (1973-1993), la Comisión de Competencia tendió a centrarse en acciones de cierre de mercados, como las restricciones verticales. Este enfoque formal y legalista se fundamentaba en la protección de los derechos económicos de la Constitución de 1980. La política de la competencia no buscaba promover el bienestar del consumidor, sino más bien proteger la libertad económica. Las fuentes para la aplicación eran pocas. La política de la competencia se vio eclipsada por las reformas macroeconómicas. La aplicación de la ley de competencia supuso una parte

menos importante del programa de reforma de Chile, que destacaba la liberalización del mercado, la privatización y la desregulación.

Tras la restauración de la democracia en 1989, Chile llevó a cabo un importante programa a favor del crecimiento, desarrollado por el gobierno y el sector privado. Este programa puso de relieve la reforma de la regulación de las telecomunicaciones y la electricidad, y en campos como los mercados de capitales que también podían mejorar su competencia y eficiencia. Al hacer de este tipo de reforma reguladora una prioridad, se crearon las condiciones necesarias y se allanó el camino para una aplicación vigorizada de la ley de competencia. Pero el sistema de la ley de competencia, predominantemente consultivo, e implementado por instituciones con un poder de aplicación limitado, no podía tratar con eficacia los casos importantes que surgían en un entorno con, condiciones económicas cada vez más desarrolladas de Chile. El poder de investigación de la FNE se había incrementado gracias a una reforma del año 1999, pero la estructura institucional necesitaba una revisión más concienzuda.

Las instituciones fueron reformadas en noviembre de 2003. La Ley de Competencia de 2003 (Ley N° 19.911) creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) para sustituir a la Comisión de Competencia y las Comisiones Preventivas. Bajo el sistema actual, la FNE presenta denuncias al TDLC para su juicio y decisión. La ley de 2003 otorgó también algunos poderes nuevos a la FNE. La naturaleza judicial de la aplicación de la ley de competencia en Chile es única entre los países sudamericanos. El TDLC es un tribunal, sujeto a la supervisión de la Corte Suprema, pero entre sus miembros se incluyen dos economistas y tres abogados. El TDLC ha aplicado un análisis económico más sofisticado que el de las normas legales formales que encontramos en las decisiones administrativas de las antiguas comisiones.

La aplicación de la ley ha experimentado una acusada intensificación desde la aparición de estos cambios. Más concretamente, las sanciones son mucho más elevadas. Desde 2004, la multa media impuesta por el TDLC ha sido de unos 840.000 USD. En comparación, en el periodo comprendido entre 1974 y 2002, la multa promedio, tras la revisión de la Corte Suprema, estaba en torno a los 13.500 USD.

Las modificaciones adoptadas en 2009 han reforzado todavía más la aplicación de la ley. Entre otras cosas, los cambios autorizan el establecimiento de un programa de clemencia que detecte e impida los carteles, sumado a poderes de investigación de la FNE y al incremento de las multas por incumplimiento.

## *1.2. Objetivos de la política: propósito y enfoque*

El gobierno de Chile ve como el principal objetivo de su ley de competencia la promoción de la eficiencia económica, con la expectativa de que, a largo plazo, maximice el bienestar del consumidor. La ley, en cambio, no expresa este objetivo, ni de hecho ningún otro. El objetivo de la eficiencia económica representa un cambio con respecto a los primeros años de la política de competencia en Chile, que destacaba la importancia de la libertad económica y el objetivo de evitar las restricciones a la autonomía de las empresas. Las limitaciones verticales, como los acuerdos y los territorios exclusivos, fueron percibidas como una amenaza concreta para la competencia, pues impedían que otras empresas actuaran como distribuidores. No se consideró la posibilidad de que las restricciones conllevasen justificaciones de eficiencia, pudiendo, de esta manera, ser beneficiosas para la competencia y los consumidores.

La Ley de Competencia no especifica ningún objetivo en particular. El artículo 1 estipula en términos generales que el propósito de la ley es “promover y defender la libre competencia en los mercados”. El proyecto de ley de la competencia, presentado originalmente en el Congreso en 2002, había incluido una declaración de principios más detallada, que había llamado explícitamente al fomento de la eficiencia y el bienestar del consumidor. Tras un largo debate, la redacción final fue modificada por una más general. De hecho, la generalidad de la ley permite que se entregue a la práctica decisoria del TDLC, sujeta a la supervisión de la Corte Suprema la opción de la orientación de la política. El lenguaje general también está en consonancia con la protección incondicionada de los derechos económicos de la Constitución (artículo 19.21 de la Constitución de 1980), que no especifica ningún otro objetivo más concreto de bienestar social del estándar.

De todas formas, los puntos de vista sobre políticas evolucionan claramente hacia el énfasis en la eficiencia y el bienestar del consumidor. Se pueden encontrar evidencias sobre la tendencia en el Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos. En el capítulo 16, “Política de Competencia, Monopolios Designados y Empresas estatales”, “Cada Parte adoptará o mantendrá leyes de competencia que proscriban las prácticas de negocios anticompetitivas, con el fin de promover la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores, y adoptará las acciones adecuadas con respecto a dichas prácticas”.

La eficiencia, bajo distintas formas, representa una importante consideración en las decisiones del TDLC. Se ha citado el daño al bienestar del consumidor como una razón para condenar la conducta.<sup>3</sup> Algunos casos también han considerado la protección del excedente del consumidor.<sup>4</sup> Se invocaron los

efectos sobre la eficiencia asignativa como argumento para desestimar una negativa a presentar demanda en la distribución cinematográfica.<sup>5</sup> Y se examinaron los efectos de la eficiencia dinámica y la innovación en la autorización condicional de una fusión, a pesar de la alta concentración, en una industria de alta tecnología que muestra signos de convergencia tecnológica.<sup>6</sup>

La herencia de la etapa de la “pre-eficiencia” de la política de competencia de Chile reaparece de vez en cuando, aunque de forma aislada. Algunas de las decisiones del TDLC respaldan implícitamente objetivos diferentes a la eficiencia mediante la imposición del cumplimiento, de órdenes de las antiguas comisiones que todavía continúan vigentes en la actualidad.<sup>7</sup> Aunque, por otra parte, las decisiones del TDLC no ofrecen ningún favor especial en materia de política a las pequeñas y medianas empresas. Varios casos de la industria de los supermercados han rechazado la protección para pequeñas y medianas empresas, cuando no existe daño a la competencia en términos de eficiencia económica.<sup>8</sup> En general, la ley de competencia no contiene ninguna disposición que persiga lograr un equilibrio de los objetivos de la competencia con respecto a otros intereses.

La interpretación del TDLC de los objetivos de la política está en evolución. La comunidad empresarial y el público pueden no ser todavía totalmente conscientes de la actual interpretación de los objetivos de la ley y los estándares legales. Más concretamente, no está clara la forma en la que el TDLC interpreta el estándar legal de la eficiencia en términos prácticos. Esta cuestión estuvo presente en su decisión sobre la fusión propuesta entre D&S y Falabella.<sup>9</sup> (Ver Cuadro N° 3 de este documento)

## **2. Cuestiones de fondo: contenido de la ley de competencia**

La Ley de Competencia de Chile destaca por su cobertura y simplicidad. Sigue la estructura básica de prohibiciones encontrada tradicionalmente en leyes de competencia sobre acuerdos y prácticas unilaterales. Su brevedad ha creado cierta incertidumbre. Una única disposición general contiene las normas básicas de fondo sobre conducta que afectan a la competencia. Cualquier hecho, acto o convención, incluidos los contratos, que “impida, restrinja o entorpezca la libre competencia,” o que tienda a producir dichos efectos, estará sujeto a sanciones con arreglo a la ley (Art. 3). Las subsecciones ofrecen información ilustrativa sobre algunas de las categorías usuales relativas a la política de competencia, concretamente los acuerdos explícitos o tácitos (Art. 3.a), “la explotación abusiva” de una posición dominante (Art. 3.b) y las prácticas “predatorias o desleales” para lograr o fortalecer una posición dominante (Art. 3.c). La jurisprudencia ha elaborado lo que estos términos generales exponen.

La política de aplicación de la ley hace hincapié en el poder de mercado. Incluso en el caso de las restricciones horizontales, la acción de aplicación de la ley depende del poder de mercado. En caso de detección de poder de mercado, el TDLC examina las eficiencias potenciales. Y a la inversa, en caso de ausencia de poder de mercado, normalmente el TDLC no seguirá indagando sobre los potenciales efectos anticompetitivos, a menos que la propia conducta se oriente hacia la consecución de poder de mercado.

Debido a que la dirección de la política se ha dirigido hacia centrarse en el aspecto económico, la jurisprudencia ha dejado algunas cuestiones sin aclarar. Durante los primeros años, los acuerdos que recaen en las categorías del artículo 3 habían sido considerados como ilegales *per se*. Al iniciar un enfoque más económico, el TDLC aplica generalmente algo parecido a una regla de razón, si bien formula ciertas advertencias con la intención de que sea más sencillo probar casos como la mera fijación de precios.<sup>10</sup> La “capacidad objetiva” de un acuerdo para causar daños al mercado es suficiente para condenarla y no resulta necesario probar sus efectos reales. El TDLC ha aplicado este enfoque a las restricciones horizontales en recientes decisiones (Nº 74/2008; Nº 79/2008). El TDLC no está supeditado a sus decisiones previas, aunque podría examinar y evaluar cada caso individualmente. En ausencia de normas y reglas detalladas de las pruebas en la ley de competencia, podría resultar difícil evaluar las consecuencias del comportamiento empresarial.

No se encuentran normas para la identificación y medición de los factores de análisis basados en los aspectos económicos en la ley de competencia. No existe un procedimiento general para la definición de mercados. No hay presunción de posición dominante como indicador de dominio, ni umbral para la evaluación de la concentración del mercado, ni referencia a las barreras a la entrada ni tampoco indicación del alcance de un argumento de eficiencia. La FNE ha publicado directrices para la explicación de conceptos económicos, como su Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontal. El TDLC no está obligado a seguir estos lineamientos..

En la ley chilena, una regla *per se* para la colusión o una presunción de posición dominante en base a una cuota de mercado, que invertiría la carga de la prueba contra el demandado, supondría un problema constitucional. Así, los efectos reales o potenciales sobre la competencia deberán ser probados caso a caso. En la opinión de algunos (González, 2008), incluso la colusión sería tratada como práctica exclusivista o monopolística. Es decir, además de probar la práctica, el responsable de la aplicación de la ley debe demostrar que la práctica ha provocado un daño a la competencia, o que es posible que lo haga.

## 2.1. Acuerdos horizontales

La colusión es una práctica anticompetitiva según reza el artículo 3. Según el artículo 3(a), “los acuerdos expresos o tácitos” o las “prácticas concertadas” que persigan la fijación de precios de venta o adquisición, limiten la producción o asignen áreas o cuotas de mercado, y abusen del poder que tales acuerdos o prácticas les confieren, son violaciones. De este modo, el TDLC podrá sancionar los acuerdos de los competidores que promuevan la fijación de precios, limiten la producción o dividan los mercados. La ley no especifica si han de considerarse ilegales *per se* o analizarse bajo un criterio de lo razonable.

Para reducir la carga de la prueba de las violaciones horizontales persistentes, el TDLC ha aplicado un nivel de calidad de las pruebas que exige que la conducta tenga “aptitud objetiva” para causar daños potenciales a la competencia. Esta interpretación se deriva de la redacción del art. 3 de la Ley de Competencia, que requiere que la conducta “tienda a producir ... efectos [anticompetitivos]”. Las disposiciones sustantivas referidas a carteles duros, sobre fijación de precios, división de mercados, exclusión de competidores y colusión en procesos de licitación, son más categóricas en virtud de las recientes enmiendas de la ley. La práctica de la aplicación y la jurisprudencia aplican un tratamiento casi *per se* a los carteles duros, es decir, a los acuerdos entre competidores para fijar precios, establecer cuotas o asignar mercados. En recientes resoluciones del TDLC se ha utilizado el poder de mercado como un indicador para mostrar el efecto anticompetitivo. Las empresas que participen en casos de colusión serán condenadas si poseen poder de mercado de manera colectiva, sin la necesidad de demostrar que sus acciones causan daños a la competencia. La Corte Suprema aprobó el punto de vista del TDLC, confirmando su decisión en contra de un grupo de doctores de la ciudad de Punta Arenas.<sup>11</sup> En cambio, la mayoría de las decisiones de la Corte Suprema hasta el momento han insistido en la calidad de la prueba del acuerdo.

Es importante destacar que el TDLC también tiene en cuenta el poder de mercado en un sentido defensivo. Esto quiere decir que un acuerdo llevado a cabo por partes que carecen de poder de mercado no será considerado dañino para la competencia. En el reciente caso, *FNE vs. Asfaltos Moldeables de Chile S.A. et al.*,<sup>12</sup> el TDLC rechazó una demanda interpuesta por la FNE contra varios productores de asfaltos moldeables, por haber participado, presuntamente, en un caso de colusión en un proceso de licitación. El TDLC declaró que la FNE no había probado la existencia de un acuerdo, y lo que es más importante, que no podía haber afectado negativamente a la competencia del mercado, ya que los supuestos infractores se enfrentaban a un mercado competitivo.

Ha habido pocos procesamientos por colusión que hayan prosperado. Entre 2006 y 2007 hubo tres fallos sobre prácticas colusorias horizontales: *Agencias Navieras*<sup>13</sup>, *Oxígeno*<sup>14</sup> y seguros de salud. Todas derivaron en absoluciones, bien en primera instancia por el TDLC o en segunda instancia por la Corte Suprema. La cuestión fundamental era si las pruebas circunstanciales eran demostración suficiente de que había acuerdo entre las partes, explícito o tácito (González, 2008). Estos fallos imponen una alta carga probatoria a la FNE para el uso de pruebas indirectas. En ausencia de pruebas suficientes de acuerdo, el comportamiento paralelo parece insuficiente para llevar un procesamiento con éxito. Con la norma actual parece difícil poder probar la colusión sin pruebas directas.<sup>15</sup> Por otra parte, parece haber algún signo de cambio. La Corte Suprema ha confirmado la conclusión del TDLC de un acuerdo en el caso de la guerra de los televisores de pantalla plana, que confió en pruebas circunstanciales, es decir, el número de llamadas telefónicas entre las partes interesadas, en oposición al contenido de esas llamadas. Pero es demasiado pronto para decir si esto representa una nueva tendencia en la jurisprudencia en lo que respecta a los carteles. La FNE ha mantenido su persecución. En diciembre de 2008 la FNE acusó a las tres principales farmacias de colusión, a causa de los aumentos de los precios de varios medicamentos prescritos.

Las sanciones y las medidas contra los acuerdos horizontales anticompetitivos pueden incluir multas contra las empresas y los ejecutivos que tomaron parte en los acuerdos, órdenes de enmendar o poner fin a determinados actos o contratos y modificación e incluso disolución de empresas, u otras medidas correctoras o restrictivas para reparar los efectos del acuerdo.

Los grupos o asociaciones no están sujetos a normas especiales. Se aplican las prohibiciones generales a la acción emprendida en estos casos. Ha habido varios casos relacionados con asociaciones profesionales. Por ejemplo, en *FNE vs. AM Patagonia S.A. et al* el TDLC impuso una sanción contra 74 de un total de 84 médicos en la ciudad de Punta Arenas por actuar en connivencia para fijar tarifas en la prestación de varios servicios médicos a través de una empresa conjunta. Los médicos fueron sancionados con multas de 15 unidades tributarias cada uno, excepto el gestor del acuerdo, cuya multa ascendió a 30 unidades tributarias.<sup>16</sup>

En lo que se refiere a los acuerdos pro-competencia entre competidores, el TDLC aprobó un proyecto para la construcción de cinco estaciones hidroeléctricas como resultado de un acuerdo de colaboración (*joint venture*) entre las dos principales empresas generadoras de electricidad. Con todo, la aprobación quedó sujeta a ciertas condiciones para garantizar así a los nuevos participantes un acceso abierto a la infraestructura de transmisión<sup>17</sup>. Este asunto se tramitó en un procedimiento consultivo. En estos procedimientos, los

remedios son órdenes o recomendaciones, para aliviar los riesgos del acuerdo, de forma similar al análisis de fusiones horizontales.

Recientemente se ha autorizado la implementación de un programa de clemencia y la FNE ha obtenido el poder para recabar pruebas mediante “allanamientos sorpresa”. Estos poderes adicionales, otorgados por la legislación de 2009, facilitan la obtención de pruebas directas para probar la colusión.

## **2.2. Acuerdos verticales**

Los acuerdos verticales también están contenidos en el principio general del artículo 3, según el cual cualquier ley o contrato que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o tienda a producir tales efectos podrá ser objeto de sanciones. Los ejemplos de acuerdos prohibidos que figuran en el artículo 3(a) podrían incluir acuerdos verticales comunes sobre los precios y territorios exclusivos.

Tradicionalmente, las restricciones verticales se condenaban si se consideraba que afectaban a los derechos económicos. El poder de mercado y las eficiencias económicas no eran temas de discusión. Así, la negativa de venta sin una justificación plausible era condenada. La discriminación de precios se consideraba ilegal a menos que se ofreciesen descuentos u otros términos favorables a todos los compradores atendiendo a criterios “objetivos”. Los descuentos por volumen justificados por el coste siempre se veían como objetivos, aunque las diferencias de precios que reflejasen otras diferencias de coste no siempre eran aceptadas.

En la actualidad, las decisiones destacan los efectos económicos. La Comisión Resolutiva, precursora del TDLC, autorizó una serie de acuerdos exclusivos de distribución de una marca de aceite para motores ya que se había incrementado el número de importadores y distribuidores, fomentando de este modo la eficiencia a largo plazo.<sup>18</sup> El TDLC ha aplicado normas similares a los acuerdos de franquicia o distribución y las demandas sobre las negativas a negociar. En *Jorge Delgado Méndez vs. Copec S.A.* se afirma que, en general, las franquicias representan contratos eficientes y, por lo tanto, no restrictivos.<sup>19</sup> En general, el TDLC no ha condenado los pactos ni las prácticas en estos casos, aún cuando, a primera vista, supongan restricciones y ha apuntado la importancia de las eficacias a largo plazo.<sup>20</sup>

Se ha aplicado un enfoque diferente a las restricciones verticales utilizadas como instrumentos para el cierre del mercado o para la coordinación de los competidores. Aquí, el análisis se realiza en términos de abuso de exclusión<sup>21</sup> o

acuerdo horizontal. En los casos en los que los aspectos de los acuerdos verticales pudieran implicar falta de transparencia de mercado o generar fuerzas disuasorias para permanecer en el mercado, el TDLC ha impuesto medidas de transparencia con la intención de refrenar el comportamiento oportunista.<sup>22</sup> En el caso *AGIP A.G. vs. Supermercados Líder*, de discriminación en la distribución y venta en cadenas de supermercados, el TDLC sostuvo que los establecimientos deberían aplicar condiciones de transparencia a la venta de los productos que distribuyen y revenden (Ver Recuadro 1).<sup>23</sup>

#### **Recuadro 1. AGIP A.G. vs. Supermercados Líder**

AGIP, la Asociación Gremial de Industrias Proveedoras, presentó al TDLC una consulta sobre las tácticas de Líder, un importante supermercado. Uno de los proveedores, Nestlé, se había negado a participar en una promoción de Líder. Líder contraatacó eliminando los productos de sus estanterías; sin embargo, los productos aún estaban incluidos en los pósteres promocionales.

Al examinar esta controversia, el TDLC reparó también en otras quejas comunes de los proveedores sobre las prácticas de las cadenas de venta al por menor, como el marketing de los productos de marcas propias, las ventas “por debajo del coste” y los cambios unilaterales de los términos con los proveedores. El TDLC afirmó que las condiciones de venta y otros aspectos de las relaciones con los proveedores deberían establecerse de manera objetiva y no discriminatoria, y que las cadenas no deberían alterar los precios ni los términos que se hubiesen negociado unilateralmente.

El TDLC ordenó también a las dos cadenas que notificasen por adelantado cualquier propuesta de fusión o adquisición, aunque la Corte Suprema anuló esta orden.

### ***2.3. Abuso de posición dominante-monopolización***

El abuso de posición dominante ha sido el área más importante de aplicación de la ley de defensa de la competencia. La prohibición que aparece en el artículo 3(b) incluye ilustraciones de comportamientos que podrían considerarse como abusos de dominio: precios abusivos, ventas atadas y asignación de mercados. El artículo 3(c) prohíbe “las prácticas predatorias, o de competencia desleal con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.” Las decisiones del TDLC han desarrollado lo estipulado en la ley a este respecto. Los acuerdos verticales que incluyan cláusulas que cierren el mercado, como los acuerdos verticales exclusivos, las cláusulas sobre precios y otras limitaciones, se han tomado como instrumentos de abuso de dominio. Los conceptos de “abuso” y “explotación abusiva” están previstos de manera explícita en la Ley de Competencia. Cualquier disposición contractual puede ser interpretada como “abusiva” si persigue el aumento injustificado de

las barreras a la entrada para crear o reforzar una posición dominante. La presentación de acciones legales litigiosas para excluir a los competidores del mercado podría considerarse como abuso.

El dominio implica poder de mercado. La determinación del poder de mercado depende a menudo de la falta de sustitutos efectivos y otros factores que prueben la capacidad para actuar de forma unilateral. Las cuotas de mercado elevadas no conllevan una presunción de poder de mercado, aunque la cuota de mercado puede constituir un factor en una inferencia de poder de mercado. En general, el TDLC evalúa si la estructura de mercado es o no competitiva, evaluando, por ejemplo, a los competidores potenciales, para determinar si una empresa cuenta con el poder de imponer condiciones unilateralmente. El énfasis en el análisis varía. Por ejemplo, en *Voissnet S.A. y FNE vs. CTC*,<sup>24</sup> el TDLC analizó el dominio basado en cuotas de mercado, entre otros factores.<sup>25</sup> En cambio, en *GPS Chile S.A. vs. Entel PCS S.A.* el TDLC resolvió que Entel carecía de poder de mercado ya que existía posibilidad de entrada por parte de otros operadores<sup>26</sup>.

La conducta que es injusta pero que no perjudica a la competencia del mercado en su conjunto no viola el artículo 3, aunque podría dar lugar a demanda privada por competencia desleal. El TDLC no interpretará como “abusiva” la conducta que sea eficiente en términos económicos.

La explotación es una violación. Un ejemplo es el del caso *FNE v. LAN Airlines S.A. y LAN Cargo S.A. (2006)*,<sup>27</sup> relacionado con los servicios de transporte aéreo de mercancías y almacenamiento ofrecidos por *Fast Air*. Hasta 2003, EPA había sido el único proveedor de servicios de almacenamiento de la ciudad de Punta Arenas. Las instalaciones de EPA se encontraban a 21 km del aeropuerto; aunque LAN había asumido el coste del transporte terrestre como parte de las tasas del transporte aéreo por los servicios hasta Punta Arenas. Después de la incorporación de *Fast Air*, un proveedor de servicios de almacenamiento que estaba totalmente bajo el control de LAN, LAN comenzó a cobrar los costes de transporte terrestre por separado, mientras que las tasas de los servicios de almacenamiento de *Fast Air* eran un 400% superiores a las de EPA. El TDLC decidió que LAN estaba explotando a los importadores, que debían decidir entre pagar una tarifa adicional para cubrir el transporte terrestre hasta las instalaciones de EPA o pagar las altas tasas para el uso de los servicios de almacenamiento de *Fast Air* en el aeropuerto. El TDLC enfatizó en la acreditación de falta de competencia, en que los precios efectivos por carga aérea no habían descendido tras la entrada de *Fast Air*. Se concluyó que había violación tanto en el transporte aéreo como en los mercados de depósitos aduaneros. La compañía aérea nacional fue sancionada con una multa de 150.000 USD y se ordenó la restructuración de sus precios. El TDLC

también propuso la adopción de cambios reguladores y otras medidas para fomentar la competencia en los depósitos aduaneros de los aeropuertos.

Otro ejemplo de abuso de explotación, en el campo de la electricidad, lo constituye el caso de 2008 *FNE v. Empresa Eléctrica de Magallanes, S.A. EDELMAG*, por el incremento de sus tarifas por servicios eléctricos en Puerto Williams por encima de las fórmulas de fijación de precios que figuran en su contrato de concesión, sin que existiese ningún cambio de las circunstancias que justificase tal aumento del precio. Se determinó que se trataba de un abuso y se sancionó a la empresa con una multa de 400 unidades tributarias, o 173 millones de pesos chilenos.<sup>28</sup> El TDLC ordenó también a EDELMAG que suspendiese tal comportamiento.

Las decisiones sobre negativas a mantener relaciones comerciales y discriminación de precios se han centrado a menudo en el uso de criterios objetivos. Así, en un caso concerniente al sector cinematográfico, se ordenó a los demandados que adoptasen e integrasen un sistema de distribución basado en criterios generales y objetivos.<sup>29</sup> En el ámbito de la discriminación de precios, el TDLC ha ordenado a las empresas que utilicen criterios generales y en algunos casos también ha impuesto multas. En *Demarco S.A. y FNE, vs. Coinca S.A. y la I. Municipalidad de San Bernardo*, el TDLC impuso una sanción de 145 millones de CLP (pesos chilenos) al propietario de un centro de depósito de residuos. Los precios que cobraba a los encargados de la recolección de residuos de la competencia eran bastante más altos que los que figuraban en la oferta con la que ganó la licitación. El TDLC consideró la baja postura como un intento de eliminar a la competencia y ordenó al demandante acatar de forma estricta una resolución previa que exigía publicitar los precios de manera objetiva y de no discriminación.<sup>30</sup> Otro caso con supuesta conducta abusiva fue el de Transbank, empresa administradora de tarjetas de crédito, declarada culpable de abuso de posición dominante al cobrar precios discriminatorios e injustos a las empresas que aceptaban crédito bancario mediante tarjetas, y por mantener una estructura de tarifas que resultaba discriminatoria para los emisores de tarjetas. El TDLC impuso una multa de 35 millones de CLP.<sup>31</sup>

En seis casos de conducta de exclusión, el TDLC ha impuesto multas y ha ordenado a las empresas llevar a cabo licitaciones abiertas y modificar los contratos que imponen cláusulas de exclusividad y otras limitaciones. Por ejemplo, en *Phillip Morris v. Chilena de Tabacos S.A. (Chiletabacos)* (2005)<sup>32</sup> el TDLC resolvió que Chiletabacos había impuesto barreras estratégicas artificiales a la entrada a Phillip Morris, además de las estructurales. Estas barreras se incluían en los contratos de exclusividad que Chiletabacos negoció con puntos de venta independientes para la exposición y venta de cigarrillos.

Una conducta de exclusión condujo a la mayor multa relacionada con la competencia jamás impuesta en Chile, en *FNE vs. Almacenes Paris y Falabella* (el caso de la guerra de los televisores de pantalla plana).<sup>33</sup> En este fallo, la Corte Suprema ratificó una resolución del TDLC contra dos grandes minoristas de televisores que boicotearon un evento promocional especial lanzado por un banco, privando a los consumidores de la oportunidad de adquirir televisores de pantalla plana a un precio especial. (Ver Recuadro 2).

### **Recuadro 2. Guerra de televisores de pantalla plana**

El Banco de Chile había contratado con dos empresas, Travel Club y Duty Free TC, la gestión de su fondo de dólares-premio y la organización de eventos, promociones y campañas publicitarias para sus tarjetas de crédito. Duty Free organizó una feria de varios días de duración en un centro de convenciones, *Casa Piedra*. En la feria, los portadores de tarjetas de crédito del Banco de Chile tendrían la oportunidad de comprar productos con el sistema de dólares-premio y conseguir hasta 12 cuotas sin intereses. Los precios de venta al consumidor ofrecían descuentos de hasta el 30%. Los organizadores se encargaron de que los distribuidores ofreciesen los productos y el Banco de Chile informó del evento a sus clientes.

Los demandados, *Falabella* y París, son importantes minoristas de electrodomésticos y productos electrónicos. Cada uno representa aproximadamente un 50% de las ventas de los distribuidores que habían accedido a participar en la feria. La feria representaba una amenaza para los negocios de los demandados, tanto para las ventas de los productos como para las tarjetas de crédito relacionadas con el sector. Bajo la presión de los demandados, los distribuidores se retiraron de la feria.

El Banco de Chile presentó una demanda en el TDLC y la FNE presentó una petición al TDLC alegando conducta abusiva y colusión. La FNE argumentó que el boicot tenía un claro propósito de exclusión, con el objetivo de impedir la entrada de un nuevo competidor. La FNE destacó la importancia de los puntos de venta de los demandados para estos distribuidores y el éxito de la presión ejercida a los distribuidores para que se retirasen de la feria.

Para probar que las dos empresas habían acordado el boicot, la FNE se basó en grabaciones telefónicas, e-mails y declaraciones realizadas por ejecutivos de ambas empresas demandadas y sus proveedores. Se probó la colusión mediante reiteradas comunicaciones entre ejecutivos de las compañías, tras la presión coordinada que ejercieron sobre sus respectivos proveedores, para impedir su participación en la feria. También intentaron involucrar en el boicot a un tercer minorista.

El TDLC definió dicho mercado, diciendo que en sus servicios se incluían tanto tarjetas de crédito en tiendas minoristas para la compra de electrodomésticos y productos electrónicos, como la distribución y venta al por menor de dichos artículos. Una importante dimensión de la competencia entre tiendas de venta al por menor en Chile se basa en las ventajas y descuentos ofrecidos a los clientes que utilizan los sistemas de tarjetas de crédito de los minoristas. El TDLC determinó que SACI Falabella y París S.A. se habían coludido y que habían abusado de su posición dominante. Ordenó a SACI Falabella y París S.A. pagar multas de 8.000 y 5.000 unidades tributarias anuales, respectivamente (7.700.000 USD en total).

En el ámbito de los precios predatorios, el TDLC impuso una multa de 58 millones CLP<sup>34</sup> a las partes de una guerra de precios en televisión por cable.<sup>35</sup> En *FNE vs. Empresas de TV Cable Loncomilla S.A., Holding de Televisión S.A. y CMET* se resolvió que los demandados habían situado los precios de sus servicios por debajo de los costes de funcionamiento. TV Cable Loncomilla, el titular histórico, y CMET competían por servir a las ciudades de San Javier y Villa Alegre; estalló una guerra de precios y cada uno acusó al otro de precios predatorios. CMET alegó que sus precios respondían a los precios predatorios de Loncomilla y que sus propios precios se debían al exceso de ingresos recibido en otras regiones del país. Loncomilla alegó que se trataba de un recorte de precios con la intención de atraer a otros clientes. La FNE acusó a ambas empresas de precios predatorios, ya que ambas habían reducido considerablemente sus precios sin justificación. Ninguna parte contestó a la acusación de imposición de precios predatorios; al contrario, CMET admitió tácitamente haber cobrado precios por debajo de los costes de funcionamiento, ya que alegó que sus precios se compensaban con los altos ingresos obtenidos en otras regiones. Además, los precios cobrados por esta empresa en otras ciudades eran considerablemente superiores a los que se cobraban en el mercado disputado. La FNE sostuvo que los precios no estaban limitados por el tiempo ni eran utilizados como un instrumento promocional ni como una estrategia para posicionarse en el mercado. El tribunal aprobó esta opinión, declarando que CMET pretendía obtener una posición dominante y que Loncomilla intentaba mantener una ya posición dominante ya adquirida, y que las empresas habían participado en “competencia desleal recíproca”, que a largo plazo podría debilitar o causar la salida de un competidor.

Una Resolución de la Corte Suprema de 2006 trata la predación de precios casi como un ilícito *per se*. En *Producción Química y Electrónica Quimel S.A., vs. James Hardie Fibrocementos Ltda.*, un la Corte Suprema en sentencia dividida, invalidó una decisión del TDLC que había absuelto a una empresa que producía láminas de fibrocemento. El TDLC había declarado que el demandado no estaba en posición dominante, ya que solo poseía el 32,5% de la cuota de mercado, mientras que la empresa principal, *Pizarreño Pudahuel*, contaba con una cuota del 59,9%. La Corte Suprema decidió que una empresa no necesita poder de mercado ni dominio para practicar precios predatorios, ya que el objetivo puede ser el de adquirir una posición dominante. Los dos jueces en desacuerdo declararon que el demandado no podía manipular los precios, sino que había bajado sus precios como respuesta a las tácticas de la parte dominante. La Corte Suprema tampoco estuvo de acuerdo con el TDLC sobre la referencia de costes para la fijación de precios abusivos. El TDLC decidió que no existía intención de abuso ya que los precios de Hardie eran mayores que el promedio de su coste variable. Pero la Corte Suprema mantuvo que eran predatorios porque se encontraban por debajo de sus “costes”, sin especificar

qué medida del coste consideraba pertinente. La Corte Suprema trató el alcance de las inversiones del demandado como prueba de las barreras a la entrada, mientras que el TDLC declaró que estas inversiones no creaban barreras a la entrada y que se trataba de inversiones que cualquier empresa con intención de entrar en el mercado debe realizar. La Corte Suprema impuso una multa de 470 millones de pesos chilenos.<sup>36</sup>

El TDLC ha aplicado la doctrina de las instalaciones esenciales para promover el acceso abierto y no discriminatorio a redes clave controladas por empresas dominantes, siguiendo una interpretación del artículo 3 (b) de la Ley de Competencia. Se aprobó una fusión entre dos empresas de cable, sujeta a la condición de que el acceso a los servicios de banda ancha de Internet fuese abierto y no discriminatorio y con precios competitivos.<sup>37</sup> Cuando el TDLC aprobó la petición de dos empresas eléctricas de construir y gestionar de forma conjunta cinco centrales hidroeléctricas, la autorización estableció los parámetros para la empresa conjunta y los asesores necesarios para determinar el precio de transferencia. El TDLC ordenó que los precios de las instalaciones de transmisión (o precios pagados por terceros) se basasen en criterios objetivos y no discriminatorios y que los contratos para el diseño de la línea de transporte considerasen un período mínimo para recibir peticiones sobre la capacidad de la línea de transmisión de las partes independientes.<sup>38</sup> La doctrina también se ha aplicado en la revisión de bases de licitaciones para la recolección de desechos sólidos, proponiendo la separación del mercado de la eliminación de residuos (con el rasgo monopolista del terreno para vertidos) de otros servicios que se puedan ofrecer de manera competitiva.<sup>39</sup> El TDLC sancionó a una empresa de telefonía que negó a sus clientes mayoristas la utilización de su plataforma de banda ancha para dar servicio de voz IP, para proteger su negocio. El TDLC ordenó también a la empresa que modificase las cláusulas restrictivas.<sup>40</sup>

Mucha de la aplicación de la ley en torno al abuso de posición dominante ha estado relacionada con monopolios de infraestructura. Se ha sugerido que muchos países sudamericanos se equivocaron al comenzar con un modelo norteamericano para la ley de competencia, ya que dicho modelo no es necesariamente apto para el tratamiento de problemas fundamentales aparecidos tras una historia de intervención estatal en la actividad económica (De León, 2001). Al concentrarse en el monopolio de infraestructura, Chile parece ser una excepción. El TDLC y la FNE tienen una estrecha relación de trabajo con los reguladores de sectores. Los factores de no competencia, como el interés público en la regulación del sector, pueden resultar relevantes para el tratamiento de las demandas de abuso en los sectores regulados. En un caso de un proveedor dominante de insumos para servicios de telefonía de protocolo de Internet, la Corte Suprema declaró que el TDLC no debería interferir en los objetivos de no competencia del reglamento del sector.<sup>41</sup>

Las sanciones por abuso de posición dominante son las mismas que las de otras violaciones. La Ley de Competencia otorga poderes para ordenar desinversiones, y para modificar o disolver empresas. Sin embargo, el TDLC nunca ha usado estos poderes.

Algunos casos han apuntado el abuso “unilateral” realizado por varias empresas. La base legal para esta aplicación se podría aclarar mediante una enmienda que se encuentra ahora en debate. Añadiría al artículo 3(b), la cláusula con ejemplos de la explotación abusiva, el concepto de conducta abusiva por parte de un grupo de empresas.

#### **2.4. Fusiones**

El derecho sustantivo aplicado a las fusiones también se recoge en el artículo 3 de la Ley de Competencia, que no se refiere a las fusiones ni a las adquisiciones directamente. Una fusión o adquisición se puede considerar como violación de la Ley de Competencia si impide, restringe o entorpece la libre competencia o tiende a producir tales efectos, en cuyo caso se podría penalizar a las partes una vez que emprendiesen la fusión.

La FNE ha intentado ofrecer directrices acerca del análisis de fusiones en su publicación no vinculante: “Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontal”. La FNE lleva a cabo un análisis sobre fusiones con la ayuda de estas pautas. Exponen que el análisis de las fusiones busca evitar los riesgos del aumento de concentración en el mercado pertinente como resultado de la fusión, la cual puede propiciar de algún modo la conducta anticompetitiva. Entre los riesgos anticompetitivos se incluye el comportamiento unilateral de la empresa que se fusiona y la coordinación en el mercado tras la fusión. La guía sopesa estos riesgos relacionándolos con las eficiencias a favor de la competencia.

La metodología comienza con la definición del mercado pertinente, en base al test SSNIP. La concentración se evalúa de acuerdo con el índice de Herfindahl-Hirschmann.<sup>42</sup> Las cuotas de mercado se basan normalmente en los ingresos; sin embargo, en caso necesario, las cuotas de mercado se pueden fundamentar en el volumen de ventas; la producción; la capacidad instalada o las reservas (por ejemplo, en industrias relacionadas con la explotación de recursos naturales).

Además de la estructura de mercado, la guía considera también otras características de la industria económicamente relevantes, concretamente las barreras a la entrada. Las empresas que se encuentran por debajo de la escala de eficiencia mínima o que se dirigen solamente a nichos de mercado serán

consideradas como improbables disciplinadores de las empresas establecidas. Además de las barreras legales, las guías ponen un énfasis particular en los costos irrecuperables. Entre los ejemplos citados se incluyen los costes de puesta en marcha, como la recopilación de información de mercado, desarrollo y pruebas del diseño del producto, instalación de equipos, reclutamiento de personal, establecimiento de sistemas de distribución e inversión en activos específicos, publicidad y marketing, estrategia de marca y servicios de posventa, investigación y desarrollo, innovación y tecnología e instalaciones, infraestructura o insumos esenciales.

La facilidad de la entrada dependerá de que la entrada sea posible, oportuna y suficiente. La FNE tendrá en cuenta cualquier pérdida o retraso que los participantes potenciales deban esperar para poder acceder. Los factores a ser considerados son los costes de transformación de la tecnología, los costes de aumento de la capacidad productiva, los costes de adaptación de sus prácticas comerciales, la escala de operaciones (es decir, el tamaño de las plantas, los costes de desplazamiento de la producción y la madurez del mercado), el tiempo necesario para aprender a optimizar los activos específicos y el desarrollo de una red distribución.

El comportamiento estratégico es otro factor pertinente para establecer la capacidad de los participantes potenciales de entrar en el mercado. Entre los ejemplos se incluyen: la (sobre)inversión en capacidad instalada, la (sobre) inversión en publicidad, las políticas de fijación de precios como la limitación de precios y las habituales guerras de precios, la proliferación de productos y marcas que llenan el mercado, políticas de fidelización, la reputación empresarial, los contratos a largo plazo con cláusulas de exclusividad renovables automáticamente y la conducta de exclusión, así como acciones que buscan elevar los costes de los rivales.

La guía incluye disposiciones relacionadas con empresas en situación de insolvencia y el análisis de las fusiones internacionales con repercusión en el mercado chileno.

La guía representa un primer paso en la estandarización de las reglas de competencia para el control de fusiones. El proyecto de la guía se sometió a debate público en mayo de 2006 y su redacción final fue publicada tres meses más tarde. El trabajo de la FNE para la preparación de la guía recibió el premio de la “Transparencia, Acceso a la Información y Probidad en la Administración Pública” por parte del gobierno en 2007. La guía es una herramienta interna de trabajo, ofrece información y orientación útiles para empresas y partes interesadas en la forma en la que la FNE aborda una fusión horizontal cuando decide bien oponerse a una fusión o bien preparar su opinión para el TDLC. La

guía no aporta certeza, debido a que no es vinculante para el TDLC. En el caso Falabella (ver Recuadro 3), el análisis de mercado del TDLC consideró elementos que no forman parte de los métodos habituales incluidos en la definición de mercado de la guía para las fusiones horizontales.

#### *Proceso de notificación y decisión*

No existe requisito general de notificación y revisión previo a la fusión. Las fusiones pueden ser recusadas y revisadas a posteriori en un procedimiento contencioso en el TDLC. Las partes también podrán solicitar un examen preliminar de su propuesta de fusión por parte del TDLC. En este procedimiento voluntario, la FNE presenta un informe manifestando su opinión, que podrá estar secundada o no por el TDLC.

Cualquier persona interesada, así como la FNE, podrá oponerse a una fusión ante el TDLC. El TDLC podrá emitir una prohibición para concluir la operación durante el tiempo en que el procedimiento de impugnación siga en curso. No se especifica la duración máxima de tal procedimiento en el TDLC. La Guía de la FNE plantea que el procedimiento y la duración aplicables deberán adaptarse a la decisión del TDLC.

El procedimiento no contencioso ha desempeñado un papel importante como herramienta de control de fusiones voluntarias. Las partes implicadas presentan cada vez más al TDLC y de forma voluntaria fusiones y adquisiciones que puedan suponer amenazas para la defensa de la competencia. Si se inicia una consulta voluntaria, la transacción no se puede cerrar durante el período de revisión hasta que el TDLC dicte una decisión favorable. En dicha revisión, el TDLC podrá decidir aprobar la transacción o establecer condiciones para obtener la aprobación. Las partes obtienen varias ventajas del procedimiento de revisión preliminar. Si se aprueba la transacción y las partes cumplen con las condiciones que el TDLC establezca, no existirá responsabilidad. Tras el comienzo de un procedimiento no contencioso, no se podrá iniciar uno contencioso, por ejemplo, por la FNE o un competidor o cliente. La Corte Suprema no puede modificar una decisión del TDLC emitida en un procedimiento no contencioso, aunque podrá revisar las medidas y condiciones impuestas en el fallo del TDLC. El procedimiento se regula por el Auto Acordado N° 5/2004 del TDLC. El TDLC se encuentra en proceso de promulgar una instrucción sobre la información que se debe aportar en estos procedimientos. En diciembre de 2008 se sometió a debate público un borrador. Este borrador se encuentra disponible en el sitio web del TDLC ([www.tdlc.cl](http://www.tdlc.cl)).

La notificación obligatoria a las instituciones de la competencia antes de la fusión solo es necesaria en las transacciones del sector de la televisión y la

radio.<sup>43</sup> En dichos casos, se requiere un aviso de 30 días. (Aparentemente, las transacciones que afecten a los periódicos deben ser notificadas con posterioridad). Los bancos y otras instituciones financieras deben realizar notificación a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras antes de fusionarse, y la Superintendencia podrá solicitar a las instituciones de competencia la revisión de alguna cuestión. Las concentraciones en ciertas industrias y actividades económicas, como medios de comunicación, banca y electricidad necesitan la aprobación de otras agencias gubernamentales. Con arreglo a una decisión de la anterior autoridad de competencia, existen restricciones específicas en el sector portuario.<sup>44</sup> El TDLC ha ordenado la consulta obligatoria previa a la fusión para ciertas empresas y mercados, como remedio tras sus decisiones con relación a las restricciones anticompetitivas<sup>45</sup>. La Corte Suprema ha revocado una de esas órdenes.<sup>46</sup>

Tradicionalmente, el TDLC ha confiado en medidas de comportamiento o en órdenes de desinversión para resolver los problemas relacionados con las fusiones en procedimientos voluntarios. La fusión entre las dos principales operadoras chilenas de televisión por cable (VTR-Metrópolis) fue aprobada con varias condiciones: el establecimiento de una política de normalización de precios, la prohibición de adquirir cualquier tipo de interés en empresas de televisión por satélite o microondas y el requisito de vender cualquier interés que la compañía fusionada tuviera en ellas, la prohibición de adquirir cualquier tipo de interés en las empresas dominantes en el mercado de la telefonía fija y una congelación obligatoria de los precios al por menor durante un período de tres años, entre otras.<sup>47</sup> El TDLC impuso una orden de desprenderse de activos en la adquisición de BellSouth, una empresa de telefonía móvil, por Telefónica Móvil. La orden debía ser ejecutada a través de una licitación abierta de licencias hasta un determinado espectro radioeléctrico (25MHz) en la banda de 800MHz y para la realización de ofertas al por mayor de instalaciones para revender planes de los minoristas que careciesen de redes, entre otras condiciones.<sup>48</sup> La solicitud de aprobación de la filial de un importante conglomerado radiofónico (Prisa) para la adquisición de una serie de licencias de retransmisión radiofónica fue objeto de la cesión de dos concesiones de retransmisión en los mercados locales más afectados. Además, el TDLC ordenó una limitación por un período de dos años de la cláusula de no competencia establecida en la operación de adquisición, e impuso la obligación de aprobación previa por parte del TDLC para cualquier tipo de adquisición o renovación de licencia de radiodifusión a aquellos que la poseen actualmente. La fusión entre dos gestoras de planes de pensión y jubilación (ING AFP Santa María y AFP Bansander) quedó condicionada al establecimiento de una comisión normalizada para todos sus clientes durante dos años, no superior a las comisiones pagadas en el día de la presentación y que, a su vez, limitaba el acuerdo de no competencia a un período de dos años.<sup>49</sup>

Tan solo una vez el TDLC bloqueó una fusión para la cual las partes habían solicitado su opinión. Fue la propuesta de fusión entre una de las empresas minoristas chilenas más importantes, Falabella, y la principal cadena de supermercados, D&S (ver Recuadro 3).<sup>50</sup>

### Recuadro 3. El caso Falabella

Una de las empresas minoristas más importantes de Chile, Falabella, y la principal cadena de supermercados, D&S, pactaron en 2007 una fusión. Se crearía una nueva entidad, en la que Falabella sería propietaria del 77% de las acciones y D&S tendría el 23%. Esta combinación se convertiría en la segunda mayor empresa presente en el mercado de valores de la región. Con unas ventas anuales de unos 8 mil millones de USD, sería la segunda mayor minorista de Latinoamérica, después de la mexicana Wal-Mart.

El TDLC rechazó la fusión propuesta, en una decisión emitida el 31 de enero de 2008. El TDLC sostuvo que los riesgos para la competencia no se podrían corregir mediante la imposición de condiciones. Al evaluar el potencial de dichos efectos, el TDLC aplicó un concepto "retail integrado", como la combinación de tiendas minoristas, centros comerciales y crédito al consumo.

El TDLC declaró que la propuesta produciría un enorme cambio de la estructura de mercado, creando una empresa que se convertiría en el actor dominante de la venta minorista, afectando a prácticamente todos los segmentos y funciones: multitiendas, tiendas de mejoramiento del hogar, supermercados, el sector inmobiliario y el crédito de consumo. Dicho poder se podría ampliar a otras áreas de venta al por menor en el futuro, mientras que los efectos de la integración podrían derivar en la creación de barreras a la entrada de terceros. Analizando la historia de la venta al por menor, el TDLC apuntó las ventajas de una operación de "retail integrado", en funciones como la gestión de inventario, transporte y refrigeración, entre otras. Tendría un mayor acceso al capital y a una base más amplia para cubrir los costes fijos. Contaría con un mayor poder de negociación de las condiciones con los proveedores. Tendría ventajas a la hora de recopilar información sobre el consumo y el crédito de los consumidores. Podría conservar y expandir su base de clientes mediante programas de fidelización y tarjetas no destinadas al consumo bancario.

El TDLC concluyó que los servicios y las ventas complementarias crearían poder de mercado e incrementarían el mínimo de la escala eficiente de operaciones, dificultando la entrada de los competidores. Entre los riesgos concretos se incluirían:

- Desarrollo de una mejor investigación comercial sobre los modelos de consumo de los clientes y, por lo tanto, una ventaja competitiva a la hora de identificar los nichos de mercado no disponibles para competidores de menor tamaño.
- Utilización de programas de fidelización para aumentar los costes de cambio de los consumidores.
- Estrategias de ventas atadas entre los segmentos minoristas bajo su control.
- Economías de escala y ámbito derivadas del ahorro en costes complementarios.

El TDLC describió su concepción de un “mercado minorista integrado” como “dinámica” en contraste con el “estático” análisis segmento a segmento que se hubiese aplicado atendiendo a las directrices de la FNE sobre Operaciones de Fusiones Horizontales. Dicho análisis hubiera abordado los supermercados, grandes almacenes, mejoras del hogar, inmobiliarias y financiación de forma separada. Sin embargo, el TDLC examinó cada uno de estos segmentos y resolvió que la concentración del mercado tras la fusión sería elevada y que las ventajas de integrar los servicios complementarios aumentarían significativamente las barreras a la entrada.

El TDLC prestó una particular atención al uso de las tarjetas de crédito no bancario por parte de las empresas minoristas. Rechazó las pruebas de un mayor uso de tarjetas de crédito no bancario similares por parte de otros minoristas. Sostuvo, por otra parte, que el valor de marca de la tarjeta emitida por un minorista en posición dominante crearía una barrera a la entrada. El TDLC alegó que las tarjetas de crédito bancario serían eficientes para la competencia solo en caso de existencia de rivalidad en el mercado minorista, si bien la combinación reduciría dicha competencia.

De hecho, el TDLC consideró como fuente de poder de mercado las mismas ventajas comerciales que las partes de la fusión juzgaron como fuente de eficiencias a largo plazo. Rechazó la reclamación de las partes de eficiencias pro-competitivas debido a que no mostraban la forma en la que se traspasarían a los consumidores.

## ***2.5. Competencia desleal***

Actualmente la competencia desleal se incluye en otra ley. El artículo 3 de la Ley de Competencia Desleal de 2007<sup>51</sup> define la competencia desleal como un tipo de conducta contraria a la buena fe o la moralidad, que persigue desviar a los consumidores de un operador del mercado mediante medios ilegítimos. Esta ley enumera varios ejemplos de dichas prácticas: engaño (mediante el “fraude” y demás medios), publicidad engañosa, difamación de los competidores, soborno comercial, malversación de secretos comerciales y el ejercicio abusivo de acciones judiciales para excluir a un competidor del mercado. Los tribunales de competencia civil se encargan de conocer y resolver sobre las demandas por competencia desleal. Las instituciones de la competencia tienen una función secundaria. Si el tribunal civil declara prácticas de competencia desleal, presentará los expedientes a la FNE, para continuar con el proceso bajo la Ley de Competencia y en el plazo de los dos próximos años.

Se considera que la competencia desleal es perjudicial para la libre competencia, si su objetivo es alcanzar, incrementar o mantener una posición dominante, de ahí que se trate de una infracción a la competencia. El principio se añadió a la Ley de Competencia en 2003.<sup>52</sup> (No había habido referencia alguna a la competencia desleal en la ley de competencia con anterioridad, sino una serie de casos de competencia desleal). Las decisiones del TDLC<sup>53</sup> han

aplicado esta distinción y cuestiones sobre competencia desleal asociadas con el abuso de dominio, particularmente las relacionadas con los derechos de propiedad intelectual de marcas comerciales, han fundamentado varias de las decisiones emblemáticas del TDLC.<sup>54</sup> El TDLC ha continuado desempeñando un papel educativo a través de sus decisiones sobre determinados casos de competencia desleal que fueron rechazados debido a sus poco probables efectos anticompetitivos en el mercado. En estos casos, a pesar de la falta de efectos anticompetitivos, el TDLC ha evaluado si la conducta del demandado cumplía con las normas de competencia leal.

Un caso de publicidad rechazado por el TDLC ilustra la conexión. En *Laboratorio Lafí Ltda., vs. Laboratorios Pfizer Chile S.A.*,<sup>55</sup> la Corte Suprema ratificó la denegación del TDLC del recurso para una campaña publicitaria que intentó desacreditar un producto. El TDLC resolvió que una campaña publicitaria engañosa que busque la comparación de productos podría violar la ley de competencia si su propósito o efecto es el de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. Pero ello requiere la definición de un mercado que se encuentre dominado. En este caso, la información presentada sobre el tamaño del mercado pertinente era insuficiente. Aun considerando el mercado más pequeño de producto propuesto, se determinó que el demandado no ejercía una posición dominante.

La regulación privada de la competencia desleal por parte de asociaciones profesionales y comerciales no ha sido un tema de discusión en Chile. La Constitución prohíbe la petición de pertenencia a una asociación para realizar negocios o desarrollar una profesión. De este modo, las asociaciones carecen de la influencia para hacer efectiva la autorregulación anticompetitiva.

## **2.6. Protección al consumidor**

La política de protección al consumidor es responsabilidad del SERNAC (Servicio Nacional del Consumidor). Existe una fuerte asociación de trabajo entre el SERNAC y la FNE. Las dos agencias firmaron un Acuerdo Marco de Cooperación Institucional en 2006. Este acuerdo sirve para otorgar a la FNE la infraestructura de oficinas necesaria para atender reclamaciones en las ciudades de provincias.

El SERNAC no ha iniciado ningún procedimiento en el TDLC, aunque ha participado en los casos expuestos por partes privadas o la FNE, entre los que se incluye el reciente caso de fusión de Falabella.

#### **Recuadro 4. Punto de vista del consumidor en el caso Falabella**

El SERNAC realizó una presentación para el TDLC en el caso de fusión de Falabella.<sup>56</sup> La presentación del SERNAC se centraba en los efectos que la fusión tendría para los consumidores. Presentó un análisis de la opinión del consumidor sobre los mercados minoristas y de crédito, así como pruebas de infracciones sobre las que se informó en los dos mercados, y predijo que incluso una mayor concentración llevaría a un incremento del número de quejas.

La presentación comenzaba con una perspectiva general de las opiniones de los consumidores sobre el mercado minorista, basadas en sondeos que el SERNAC preparaba de forma regular y en sus datos estadísticos sobre el número y las características de las reclamaciones. Informó de que solo un 25% de los consumidores encuestados creía que las empresas estaban interesadas en resolver sus problemas, uno de cada cinco consumidores afirmaba que las grandes multi-tiendas habían realizado cargos en sus facturas sin su consentimiento y el 90% de los consumidores afirmó que las facturas de las grandes multi-tiendas no se entendían. El SERNAC comunicó que el 23% de las reclamaciones que recibía estaban relacionadas con grandes multi-tiendas y supermercados y que calculaba que la nueva empresa propuesta sería objeto del segundo mayor número de reclamaciones de Chile. La presentación argumentaba que la información ofrecida por empresas minoristas sobre las condiciones de crédito ofrecidas por sus propias tarjetas es escasa y vaga, y señaló las grandes diferencias entre el interés cobrado por diferentes competidores y, por supuesto, las existentes entre los tipos de interés aplicados por una misma multi-tienda a diferentes clientes.

El SERNAC explicó que la información ofrecida por las grandes multi-tiendas y supermercados sobre sus condiciones crediticias era extremadamente complicada. Por ejemplo, los cargos se dividen en diferentes rubros (esto es, tipo de interés, comisiones, etc.) y estos rubros se expresan en diferentes formatos (por ejemplo: porcentajes, unidades indexadas, etc.). En cuanto a la publicidad, ha habido casos en los que las empresas afirmaban que la gente podía comprar sin pagar intereses; sin embargo, se les cobraban elevadas comisiones por el uso de sus tarjetas de crédito. Se ofrecían descuentos por compras con tarjetas de las tiendas, aunque después de haber considerado los costes del interés y las comisiones, los precios totales pagados eran mucho más altos que en el caso de las compras en efectivo.

El SERNAC describió las principales violaciones de las dos empresas atendiendo a las normas de protección al consumidor. La Corte Suprema chilena declaró nula una cláusula de un contrato utilizada por Falabella que había responsabilizado a los consumidores de las transacciones realizadas con las tarjetas que les habían robado previamente y ordenó a la empresa que compensara a los consumidores con 50.000 USD. Se encontraron varias cláusulas abusivas en contratos de tarjetas de crédito de D&S, en las que se les exigía que contratasen seguros y se permitía a la empresa cambiar los términos de manera unilateral.

El SERNAC alegó que si la concentración aumentaba y la competencia seguía descendiendo, se perjudicaría a los consumidores, no solo al pagar precios más elevados, sino también por el aumento de este tipo de daños al consumidor.

La agencia de consumidores también ha participado en casos de violaciones de la competencia en el mercado de seguros de salud privados y en el de la gestión de la información sobre la deuda.

Los consumidores pueden hacer llegar sus reclamaciones a la FNE o realizar una reclamación directamente al TDLC. No se especifica ninguna acción explícita para el consumidor en la Ley de Competencia, pero cualquier parte que represente un interés legal puede presentar un caso. Se incluyen asociaciones de consumidores, por lo que las asociaciones podrían entablar demandas por infracciones de las normas de competencia. Una ONG de consumidores presentó una denuncia exponiendo que un grupo bancario había incurrido en conducta colusoria para evitar que los consumidores obtuviesen mejores condiciones crediticias.<sup>57</sup> Otro caso de asociación de consumidores relacionado con tarjetas de crédito se quejó por el incumplimiento de las normas publicitarias emanadas de la autoridad de competencia.<sup>58</sup> Dos asociaciones de consumidores se unieron a la oposición a la propuesta de fusión de Falabella. Participaron también en el requerimiento de la FNE en contra del monopolio otorgado por ley a favor de la Cámara de Comercio de Santiago, para la gestión del sistema oficial de información sobre la deuda, que percibía elevadas tarifas por ello.<sup>59</sup>

El número de ONG dedicadas a la protección de los derechos del consumidor ha aumentado. Se han asignado fondos públicos para el desarrollo de tales organizaciones.

### **3. Instituciones: prácticas y estructura de la aplicación**

La Ley de Competencia de 2003 realizó importantes cambios en las instituciones para el cumplimiento de la ley. La aplicación tiene un carácter más contencioso desde la creación de un tribunal especializado en la toma de decisiones, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”), con categoría de corte. Las investigaciones las realiza una agencia de ejecución, la Fiscalía Nacional Económica o “FNE”.

#### ***3.1. Instituciones de la política de competencia***

El TDLC, que decide sobre cuestiones y ordena medidas y sanciones, es un organismo judicial independiente, sujeto a la supervisión de la Corte Suprema de Justicia. A la cabeza del TDLC se encuentra el Presidente, cuenta además con cuatro Ministros. Todos los cargos tienen una duración de seis años. El TDLC cuenta con dos economistas y tres abogados. El Presidente debe ser un abogado destacado en la profesión, con diez años de experiencia en asuntos de competencia, derecho mercantil o económico. El nombramiento del Presidente

lo realiza el Presidente de la República, partiendo de una lista de cinco candidatos propuestos por la Corte Suprema, seleccionados mediante examen público de sus cualificaciones. El Consejo del Banco Central designa a dos miembros y sus cualificaciones están sujetas a examen público. Los dos miembros restantes son nombrados por el Presidente de la República. Existen dos listas con tres candidatos cada una, propuestos por el Consejo del Banco Central, seleccionados también mediante examen público de sus cualificaciones. Las decisiones las toma el organismo de manera conjunta y no por grupos de expertos. Los miembros del TDLC trabajan casi a tiempo completo, aunque su puesto no excluye la práctica de otras actividades profesionales. Son llamados para asistir a reuniones o audiencias al menos tres veces por semana. Por otra parte, antes de los cambios de 2003, los miembros de la Comisión se reunían medio día por semana y desempeñaban su función sin remuneración. Además de los cinco jueces, el TDLC cuenta con seis profesionales, abogados y economistas, al mando del Secretario del Tribunal.

El Fiscal Nacional Económico está al frente de la FNE y es quien investiga y lidera la aplicación de la ley a los casos. El Fiscal, que debe ser abogado, es nombrado por el Presidente de Chile a partir de una lista de candidatos elegidos por un proceso de examen público, realizado por la agencia encargada de contratar a funcionarios públicos de alto nivel (Alta Dirección Pública). El Fiscal podrá ser destituido, aunque únicamente previa petición de la Corte Suprema. En el terreno presupuestario, la FNE forma parte del Ministerio de Economía, aunque es independiente del Ministerio desde el punto de vista organizativo. El Fiscal representa “un servicio público descentralizado, con carácter legal y recursos propios, independiente de cualquier otra agencia o servicio,” sujeto a la supervisión del Presidente a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, y se rige por la ley para “cumplir con sus obligaciones de forma independiente,” para “defender los intereses que se le han encomendado [...] basándose en su propio criterio,” y para representar “los intereses económicos generales de la comunidad.” (Art. 39)

Antes de que las reformas de 2003 reemplazaran el sistema de tres niveles por uno de dos niveles, el solapamiento de la atribución de iniciar investigaciones y una compleja serie de normas sobre los recursos contra las decisiones negativas creaba confusión y promovían la elección de autoridad más conveniente. La simplificación de los roles ha eliminado mucha de esa confusión.

### ***3.2. Procedimientos de aplicación y atribuciones***

La FNE debe investigar todas las reclamaciones válidas. Podrá iniciar una investigación de oficio y llevar a cabo investigaciones sectoriales de mercados

concretos. No existen reglamentaciones especiales que determinen los procedimientos de investigación de la FNE. En la Ley de Procedimiento Administrativo y en la Ley General de Bases de la Administración del Estado, se exponen las normas generales para los procesos administrativos. La FNE aplica también un manual interno de investigaciones.

En sus investigaciones, la FNE tiene el poder de obtener bajo apremio la entrega de documentos, el poder de requerir la cooperación de agencias públicas, entidades estatales, empresas privadas e individuos, y el poder de solicitar información a cualquier agencia gubernamental. Puede convocar a testigos para testificar, incluidos los representantes del demandado, directores, asesores o cualquier persona con conocimiento potencial de una infracción. Puede inspeccionar las instalaciones de la empresa investigada voluntariamente. En estos momentos, la ley de 2009 concede mayores poderes de investigación, como los “allanamientos sorpresa” y la interceptación de comunicaciones. Tales actos requieren autorización del TDLC y una orden de un juez de un Tribunal de Apelaciones.

Cuando la FNE inicia una investigación debe informar al interesado, a menos que el TDLC la libere de este requisito. Mediante notificación al Presidente del TDLC, la FNE podrá considerar una investigación como confidencial. Esto suele ocurrir cuando tal aviso pueda poner en peligro la investigación.

Obstaculizar una investigación de la FNE o negarse a presentar información sin causa se castiga con penas de prisión de hasta 15 días. Los casos de controversia sobre la conformidad con los requisitos de una investigación son resueltos por el TDLC.

La protección de la confidencialidad de la información obtenida durante una investigación de la FNE queda garantizada en la Ley de Competencia. La Ley de Competencia exige a los profesionales de la FNE que mantengan la confidencialidad de la información obtenida en su función oficial (Art. 42). Una vez iniciado un proceso en el TDLC, es el propio TDLC el que determina la confidencialidad o el carácter restringido de la información y los documentos, caso a caso. A petición de una parte o por iniciativa propia, el TDLC podrá decidir atribuir a dichos datos o información un carácter confidencial en caso de que su revelación pueda ser causa de daño a la parte o a las condiciones de competencia en el mercado pertinente. El TDLC ordenará a la parte afectada la presentación de una versión no confidencial de los datos o la información. El TDLC ha adoptado recientemente normas sobre la confidencialidad de la información aportada durante sus procedimientos (Auto Acordado N° 11/2008). Los funcionarios públicos en posesión de información confidencial deberán

preservar tal confidencialidad, salvo que la información vaya a ser utilizada en actividades de aplicación de la ley y en procedimientos ante el TDLC.

Los resultados de una investigación de la FNE pueden constar en la presentación de un informe, que es una decisión administrativa, o en un informe al TDLC en un procedimiento (ya sea contencioso o no contencioso) en el que el TDLC solicite la opinión de la FNE, o en una acusación de oficio o requerimiento de la FNE en busca de una sanción u otro remedio. Todas estas actuaciones de dominio público.

Un procedimiento “contencioso” en el TDLC comienza con la presentación de un requerimiento realizado por la FNE o una demanda de una parte privada. La presentación deberá recibir contestación en el plazo de 15 días hábiles, plazo que podrá ampliarse a 30 días. En ese momento, el TDLC podrá citar a la partes para la conciliación. Si la conciliación no prospera, existe un plazo de 20 días para presentar la evidencia. Durante los primeros cinco días de este período, las partes interesadas podrán designar a los testigos para testificar. Se podrán presentar otras formas de obtención de pruebas a lo largo del período. Un solo juez escuchará los testimonios, en sesiones de normalmente media jornada por semana y juez. Así, a pesar de la limitación de 20 días, es posible que se tarden varias semanas en escuchar todos los testimonios. Los testimonios se transcriben y pasan a formar parte de la información del caso, junto con las presentaciones documentales de las partes y alguna prueba que el TDLC pueda solicitar directamente. Al final del período para aportar más información, el juez convocará a las partes para una vista. Esta vista consta de la argumentación oral de los abogados de las partes. Es entonces cuando el TDLC dicta una resolución. El período para resolver es de 45 días, aunque en ocasiones se amplía.

Un procedimiento “de consulta” o voluntario en el TDLC representa una manera de determinar la legalidad de los contratos o prácticas. Puede ser iniciado por una parte privada o por la FNE. Una de las aplicaciones del proceso consultivo es la de revisar las fusiones propuestas, aunque también se puede utilizar para examinar contratos u otras conductas. El anuncio público en el Diario Oficial invita a la participación de las partes interesadas y de otras personas con interés potencial en las condiciones de competencia del mercado pertinente. El TDLC celebrará una audiencia pública antes de pronunciar una decisión. En el procedimiento de consulta, el TDLC podrá emitir una orden obligatoria imponiendo determinadas condiciones. La orden podrá exigir la cesión parcial de activos, solicitar a las partes que ofrezcan servicios o productos bajo ciertas limitaciones o evitar que la entidad fusionada participe en determinados mercados. El TDLC también podrá bloquear una fusión directamente, incluso en un proceso consultivo, si existe amenaza seria para la competencia.

En los casos contenciosos, el TDLC puede imponer multas u órdenes de conducta o estructurales. Las órdenes pueden enmendar o eliminar los actos anticompetitivos, los contratos, acuerdos, modelos o disposiciones que violen la Ley de la Competencia. El TDLC puede ordenar también la cesión de activos o disolución de asociaciones, sociedades o empresas cuya existencia se base en acuerdos que perjudiquen la competencia. Se podrán imponer sanciones administrativas a la entidad legal infractora, así como a sus directores y gestores y a las personas que participaron en dicha infracción. La cantidad dependerá del beneficio financiero percibido por dicha violación, la gravedad de la infracción y la reincidencia de los delincuentes. La sanción máxima es de 20.000 unidades tributarias (aproximadamente 15 millones de USD). El incumplimiento en el pago de la multa se castiga con penas de cárcel de hasta 15 días o con multas adicionales.

El significativo aumento de las sanciones ha incrementado la conciencia pública sobre la ley de competencia y su aplicación. Entre 1974 y 2002, el total de las sanciones anuales impuestas presentaba un promedio de 13.500 USD (tras la revisión de la Corte Suprema) y la multa para un caso de monopolización fue de unos 6.000 USD. Como contraste, entre 2004 y marzo de 2008 el promedio anual total se situó en torno a los 840.000 USD, o 62 veces mayor, mientras que la media de la sanción impuesta rondó los 180.000 USD, o 30 veces superior. La medida más contundente fue la multa aplicada en la guerra de los televisores de pantalla plana, en la que el total de las sanciones ascendió a 10 millones de USD. Tal cantidad es diez veces mayor que el total de las sanciones impuestas a lo largo de los 28 años comprendidos entre 1974 y 2002.

Hoy en día existe un programa de clemencia. La Ley de Competencia prevé una reducción anticipada de las sanciones administrativas o plena inmunidad ante procedimientos de defensa de la competencia, a cambio de la colaboración en la investigación y detección de carteles. Con la legislación adoptada en julio de 2009 y efectiva en octubre, la primera parte involucrada en un cartel en aportar información sobre él podrá obtener total inmunidad, siempre y cuando la información sea precisa y veraz, esté sujeta a verificación y sea suficiente para respaldar el requerimiento de la FNE. Además, la parte debe abstenerse de revelar cualquier tipo de información hasta que la FNE presente su demanda en el TDLC o desestime por completo el caso, y no debe seguir involucrada en el acuerdo, a menos que la FNE juzgue que tal implicación es necesaria para alcanzar los objetivos de la investigación. Los otros miembros del cartel podrían beneficiarse de una reducción de la multa, de hasta un 50%, si cooperan con la FNE aportando nueva información de utilidad para el proceso.

La ley de 2009 también ha otorgado a la FNE poder para obtener pruebas mediante allanamientos sorpresa y también para incautarse de documentos e interceptar comunicaciones debiendo contar con la expresa autorización de un juez especial de una Corte de Apelaciones. Con la Ley de Competencia de 2003, la FNE podía abrir un procedimiento para analizar a fusiones sólo mediante procedimiento contencioso. La enmienda permite a la FNE iniciar un procedimiento no contencioso, que podrá utilizarse como forma de analizar futuras fusiones. La reforma ha incrementado también la sanción máxima de 20.000 unidades tributarias anuales (15 millones de USD) a 30.000 unidades tributarias (22 millones de USD).

Los procedimientos son más rápidos de lo que lo eran antes de 2004, cuando los miembros de la Comisión únicamente trabajaban a media jornada. Sin embargo, puede haber largos períodos entre el nombramiento de testigos y las declaraciones, entre la toma de testimonios y la vista, y entre la vista y la decisión final. Incluso los casos presentados por la FNE están sujetos a veces a grandes retrasos. Desde que la FNE decide presentar un caso contencioso en el TDLC, pueden pasar entre seis y dieciocho meses antes de que se tome una decisión.

Las decisiones están a disposición del público, incluso las relativas a casos antiguos. Una empresa privada ha publicado las decisiones de la Comisión de Competencia hasta el año 2000. La FNE ha confeccionado una base de datos que contiene sumarios de 736 resoluciones de la Comisión de Competencia y 1.287 resoluciones de la Comisión Preventiva, disponibles en su sitio web. Existe también una base de datos disponible en el sitio web de la FNE con todas las decisiones sobre asuntos de competencia emitidas por la Corte Suprema desde 2004.

### ***3.3. Revisión judicial***

La Corte Suprema decide las apelaciones a partir de decisiones finales del TDLC mediante un recurso especial, llamado recurso de reclamación. La Corte Suprema dispone de otro procedimiento, una moción disciplinaria especial llamada recurso de queja, que nunca ha sido utilizada en las decisiones del TDLC. El ámbito de revisión de la Corte Suprema es amplio. La Corte Suprema decide cuestiones de interpretación del derecho (“casación”) y también revisa los méritos sustantivos. La participación de la Corte Suprema en cuestiones de competencia ha aumentado desde 2003, en parte porque el TDLC ha dictado más decisiones. Entre los asuntos en las decisiones de la Corte Suprema han estado la legitimación activa de las partes para solicitar revisión, el alcance de los poderes del TDLC, los méritos del análisis de los hechos realizado por el

TDLC y las pruebas aportadas por las partes, la interpretación del derecho sustantivo y la suficiencia de las sanciones y otros remedios.

La Corte Suprema no es un tribunal especializado. Los casos de competencia son examinados por la Tercera Sala sobre Asuntos Constitucionales. Sin embargo, los casos de competencia representan una parte muy pequeña de la carga de trabajo de esta sala, ya que la mayor parte la representan casos de derecho administrativo. La Corte Suprema, aunque consciente de la importancia de la incorporación del análisis económico, carece de pericia y capacidad técnica, así como del poder para pedir la opinión de economistas especializados. Se han ratificado alrededor del 95% de los casos del TDLC recurridos ante la Corte Suprema. Este elevado índice de éxito puede deberse a las sólidas bases de las decisiones del TDLC o quizá a las limitaciones de la capacidad de la Corte Suprema para realizar una revisión completa de los méritos económicos sustantivos.

La divergencia entre los organismos de aplicación de la ley y la Corte Suprema ha creado cierta incertidumbre e inestabilidad. El tratamiento de la fijación de precios predatorios en *Producción Química y Electrónica Quimel S.A., vs. James Hardie Fibrocementos Ltda.* pone de manifiesto los puntos de vista discrepantes en materia económica entre la Corte Suprema y el TDLC. En los casos relacionados con carteles, las decisiones de la Corte Suprema han creado un alto estándar probatorio para casos basados en pruebas circunstanciales.

### **3.4. Otros medios de aplicación de la ley de competencia**

Las partes privadas pueden impetrar medidas presentando una demanda en el TDLC. El TDLC debe notificar la demanda a la FNE. El TDLC puede emitir una orden de corrección o cesación de tal conducta, pero no puede conceder indemnizaciones por daños y perjuicios.

Los daños y perjuicios causados por la violación de la Ley de Competencia se pueden compensar mediante demanda presentada en un tribunal civil, pero solo tras la emisión de una decisión por parte del TDLC constatando la violación. Hacer que la demanda civil dependa de la decisión del TDLC es una novedad introducida en 2003. En la actualidad, los únicos temas de discusión en el proceso civil son la cuantía de los daños y la conexión entre los daños y perjuicios y la violación. El demandante no necesita probar la violación de la ley de competencia, ya que está establecida por la decisión del TDLC. Hasta el momento, no ha habido decisiones que concedan indemnizaciones por daños y perjuicios tras una decisión del TDLC. Con la antigua ley, hubo litigios privados en torno a asuntos de competencia en la década de 1990.

La Ley de Competencia de 2003 eliminó el proceso penal, aunque, por otra parte incrementó la sanción administrativa máxima de manera sustancial, de 10.000 unidades tributarias mensuales a 20.000 unidades tributarias anuales, o 24 veces más.

### ***3.5. Cuestiones internacionales y cooperación en materia de cumplimiento***

La Ley de Competencia no aborda de forma directa el tema de la extraterritorialidad. Las decisiones con la ley de competencia anterior rehusaban ampliar la responsabilidad a las empresas establecidas legalmente en el extranjero y cuyas acciones influyesen en la economía chilena.<sup>60</sup> Ha habido pocos casos en los que la aplicación extraterritorial pudiera haber sido tema de discusión. Actualmente se está estudiando este principio en una demanda de una operación de fusión presentada por la FNE.<sup>61</sup> El TDLC todavía no ha emitido ninguna resolución.

Los acuerdos de libre comercio realizados con varios países incluyen un capítulo sobre la política de competencia que fomenta la cooperación entre agencias de competencia. La cooperación se logra a través de memorándums de acuerdo o acuerdos de cooperación. La FNE ha firmado acuerdos con Canadá, Costa Rica, México, Brasil y El Salvador, y está considerando el inicio de las negociaciones para la adopción de nuevos acuerdos con varios países más. Todos estos acuerdos incluyen disposiciones sobre asistencia técnica y la mayoría de ellos cuentan también con disposiciones sobre la cooperación y el intercambio de información para la ejecución.

La FNE debe cumplir las normas nacionales que limitan el alcance de los intercambios de información. Existen restricciones legales impuestas a las agencias gubernamentales contra la revelación plena de información que pueda ser juzgada como esencial para la protección de la privacidad de las partes. Estas normas están definidas en la Constitución (artículos 5 subsección 2, 8, 19 N° 4, 19 N° 12), la Ley de Competencia y la Ley 19.653 de 2001. Según la Constitución, toda la información es pública a menos que se declare confidencial de forma expresa y bajo ley especial, ya que afecta a los derechos de los individuos (artículo 8 de la Constitución). El artículo 42 de la Ley de Competencia garantiza la protección de la información confidencial obtenida en una investigación de la FNE, solicitando a los profesionales de la FNE que no revelen la información obtenida en su capacidad oficial. El artículo 13 de la Ley 19.653 de 2001 establece el procedimiento administrativo por el cual la información que se encuentra en manos de las agencias gubernamentales será revelada. Una parte privada que considere que tal revelación pueda afectar a sus derechos podrá oponerse a tal revelación, mediante un procedimiento judicial especial expuesto en el artículo 14. De este modo, la información confidencial

obtenida por una parte privada no se podrá intercambiar sin ofrecer a la parte en cuestión la oportunidad de refutar.

La FNE y los organismos de competencia extranjeros tienen a menudo contacto informal durante las investigaciones. Tanto la FNE como el TDLC han realizado peticiones de información relacionadas con casos específicos en tramitación ante el TDLC, aunque las experiencias han sido pocas.<sup>62</sup>

Las entidades extranjeras reciben el mismo tratamiento que las entidades nacionales en el cumplimiento de la ley de competencia. El principio de no discriminación está apoyado por varios aspectos del sistema legal chileno, que se remonta al Código Civil aprobado en 1855. La Constitución de 1980 detalla acciones específicas contra el tratamiento discriminatorio por parte de las autoridades públicas. Esta obligación existe en muchos acuerdos internacionales firmados por Chile, concretamente en el ámbito de las inversiones extranjeras.

En las decisiones relacionadas con casos de competencia se consideran la política de comercio internacional y los efectos comerciales. El acceso a la oferta exterior se incorpora normalmente al análisis de la competencia en la definición de los mercados en el lado de la oferta. La Guía de la FNE sobre fusiones horizontales considera los efectos de las operaciones en el extranjero que influyen en la economía chilena. No se dan importantes diferencias entre los proveedores cuyas instalaciones de producción se encuentran en Chile y los localizados en el extranjero. Se tienen en cuenta los aranceles y otras regulaciones del comercio extranjero para el análisis de entrada al mercado. Las recientes investigaciones realizadas por la FNE en el sector del acero y en las industrias de la levadura y el cemento han tenido en cuenta dichos elementos. Las barreras al comercio internacional son elementos clave de la medición del mercado en el análisis de la Guía de la FNE sobre fusiones horizontales. Algunos de los casos resueltos por el TDLC han debatido de manera explícita cuestiones sobre barreras al comercio internacional. Por ejemplo, en un caso de la industria del calzado, el TDLC declaró que, en vista de la falta de importantes barreras al comercio, no resulta demasiado probable que los demandados puedan lograr una posición dominante en el mercado, ni actualmente ni en el futuro.<sup>63</sup>

Las barreras impuestas por medidas de defensa comercial, como los derechos antidumping o compensatorios, también se toman en consideración como fuente de limitaciones anticompetitivas en la economía nacional. Los conflictos potenciales entre las políticas comerciales y de competencia son mediados mediante un solapamiento de instituciones. La Fiscalía Nacional Económica preside la comisión que se encarga de los conflictos comerciales en el plano internacional. Esta comisión realiza recomendaciones al Presidente de

la República para la adopción o retirada de resoluciones comerciales. El papel principal del Fiscal en esta comisión estaría garantizando el estudio de la manera en la que las resoluciones comerciales pueden afectar a la competencia en la economía nacional. En todo caso, la discrecionalidad del Fiscal está limitada por la ley que rige esta comisión.

### 3.6. Recursos y prioridades

Desde 2004, el número de funcionarios de la FNE ha aumentado de unas 50 personas a más de 80 y el presupuesto se ha incrementado en un 30%. Con más capacidad y recursos, ha emprendido más acciones y ganado en visibilidad pública. En 1999, se aumentaron los salarios con la intención de retener al personal cualificado y competir de forma más efectiva con los salarios más elevados del sector privado. La FNE también está contratando a más expertos asesores económicos o legales.

La FNE cuenta con dos departamentos principales de aplicación de la ley. La División Jurídica es la responsable de llevar a cabo las investigaciones. La División Económica cuenta con quince economistas, que trabajan junto con abogados en las investigaciones. Además, la División de Estudios, con una plantilla de nueve personas, ofrece servicios analíticos, realiza estudios de mercado e investigación y se encarga de cuestiones de regulación, promoción de la competencia y relaciones internacionales. También hay una División Administrativa encargado de los recursos humanos y un Departamento de Relaciones Públicas o Institucional.

**Tabla 1. Recursos, TDLC**

|      | Persona-años | Presupuesto<br>(miles de USD) |
|------|--------------|-------------------------------|
| 2007 | 20           | 1.243                         |
| 2006 | 20           | 1.173                         |
| 2005 | 19           | 943                           |
| 2004 | 18           | 408                           |

Fuente: FNE, 2008

**Tabla 2. Recursos, FNE**

|      | Persona-años | Presupuesto<br>(miles de USD) |
|------|--------------|-------------------------------|
| 2009 | 84           | 5.189                         |
| 2008 | 84           | 4.520                         |
| 2007 | 63           | 3.684                         |
| 2006 | 59           | 3.246                         |
| 2005 | 54           | 2.790                         |
| 2004 | 52           | 2.824                         |
| 2003 | 56           | 2.100                         |

Fuente: FNE, 2008

El TDLC sigue teniendo el mismo tamaño, aunque su presupuesto se ha triplicado, debido a que ha mejorado su capacidad técnica. El TDLC realiza una importante inversión en el desarrollo de recursos humanos de todo su personal de organización industrial y profesionales de la ley de competencia. Los aspirantes a un puesto en el TDLC deben poseer un nivel de inglés fluido. Al contar con esta capacidad, aumenta su proyección internacional, en comparación con su predecesora, la Comisión de Competencia.

Los funcionarios de la FNE participan cada vez más en programas de formación, tanto a nivel nacional como internacional. Se ha abierto una biblioteca especializada en cuestiones relacionadas con la competencia. La FNE ha desarrollado un nuevo sitio web, que informa al público de sus actividades. En general, se ha producido una importante mejora tanto en infraestructuras físicas como en el desarrollo de los recursos humanos.

La FNE ha adoptado normas de actuación sobre la coordinación y la preparación de sus presentaciones al TDLC. Su programa de continuo refuerzo de la aplicación incluye estudios para el aumento de la efectividad de las multas impuestas, estudios sobre las técnicas para condenar el comportamiento ilegal del cartel, el examen sobre los problemas de colusión en procedimientos de licitación, un proyecto para mejorar el sistema de tratamiento de datos, estudios sobre la conveniencia de adoptar directrices en cuestiones específicas y la mejora de las normas para fusiones horizontales.

**Tabla 3. Tendencias de las Acciones en Política de Competencia**

|                                 | Acuerdos Horizontales | Acuerdos Verticales | Abuso de posición dominante | Fusiones | Competencia desleal |
|---------------------------------|-----------------------|---------------------|-----------------------------|----------|---------------------|
| <b>2007: Procesos abiertos</b>  | 10                    | 3                   | 66                          |          |                     |
| Sanciones u órdenes solicitadas | 3                     | 2                   | 6                           |          |                     |
| Órdenes o sanciones impuestas   | 1                     |                     | 3                           | 2        | 2                   |
| Total de sanciones impuestas    |                       |                     | 630.000 USD                 |          |                     |
| <b>2006: Procesos abiertos</b>  | 5                     | 4                   | 43                          | 12       | 4                   |
| Sanciones u órdenes solicitadas | 1                     |                     | 12                          | 4        |                     |
| Órdenes o sanciones impuestas   | 2                     | 1                   | 4                           |          | 1                   |
| Total de sanciones impuestas    | 2.689.000 USD         |                     | 1.474.000 USD               |          |                     |
| <b>2005: Procesos abiertos</b>  | 3                     |                     | 36                          | 6        | 5                   |
| Sanciones u órdenes solicitadas | 2                     |                     | 6                           | 1        | 1                   |
| Órdenes o sanciones impuestas   |                       |                     | 5                           | 1        | 5                   |
| Total de sanciones impuestas    |                       |                     | 685.000 USD                 |          | 42.000 USD          |
| <b>2004: Procesos abiertos</b>  | 7                     | 2                   | 36                          | 3        | 6                   |
| Sanciones u órdenes solicitadas | 2                     | 6                   | 6                           | 2        | 3                   |
| Órdenes o sanciones impuestas   |                       |                     | 3                           | 1        | 1                   |
| Total de sanciones impuestas    |                       |                     | 76.000 USD                  |          | 10.000 USD          |
| <b>2003: Procesos abiertos</b>  | 5                     | 1                   | 25                          |          | 8                   |
| Sanciones u órdenes solicitadas |                       |                     |                             |          |                     |
| Órdenes o sanciones impuestas   |                       |                     |                             |          |                     |
| Total sanciones impuestas       |                       |                     | 381.000 USD                 |          |                     |

Source: Fuente: FNE, 2008

A pesar de los esfuerzos recientes por dar importancia a la lucha contra los carteles, el número de casos de abuso de posición dominante sigue siendo elevado. La mejora de la política anti cartel fue una de las metas de desempeño en 2008. Este énfasis está reflejado en varias iniciativas, como la creación de un grupo de estudio sobre carteles integrado en la FNE, la implementación de un programa dirigido a combatir la colusión en procedimientos de licitación y el apoyo de las propuestas legislativas que refuercen los poderes de investigación y las sanciones, así como la autorización de un programa de clemencia.

La FNE también está considerando la adopción de políticas más estrictas en torno a la admisibilidad de las demandas interpuestas por las partes, en un intento de adoptar una política de desestimación previa de los casos que no comporten cuestiones graves para la competencia.

#### **4. Regímenes sectoriales y exclusiones**

El ámbito de aplicación de la Ley de Competencia es amplio. En general, no contiene exclusiones ni exenciones de aplicación, ni tampoco existen exenciones generales autorizadas por otra regulación. Antes de las enmiendas de 2003, el poder ejecutivo podía conceder monopolios por motivos de interés nacional, una vez obtenida la aprobación de la Comisión de Competencia. El TDLC ya no tiene tal poder para aprobar o rechazar la concesión de un monopolio, mientras que la Ley de Competencia prohíbe que el gobierno ofrezca concesiones o autorizaciones que puedan crear un monopolio, a menos que el acto en cuestión esté autorizado por ley (artículo 4).

Las empresas pertenecientes o dirigidas por el estado reciben el mismo tratamiento que las privadas y su conducta está sometida a la Ley de Competencia y su aplicación. Las actividades empresariales acometidas por entidades estatales o empresas del gobierno sin ánimo de lucro también podrán ser examinadas por el TDLC. Muchos casos que impugnan restricciones o abusos por parte de entidades relacionadas con el gobierno se han llevado al TDLC. La mayoría han sido rechazados debido al fondo, ya que el TDLC no encontró violación, si bien mantenía el principio de que esas operaciones estaban sujetas a la Ley de Competencia. Si el Estado viola las restricciones impuestas a sus actividades empresariales, las partes privadas que resulten afectadas pueden accionar judicialmente, mediante recurso constitucional. Algunos especialistas han alegado que el TDLC también debería aplicar los citados principios constitucionales. Una reciente decisión podría respaldar este enfoque: se acusó a una agencia gubernamental que participaba en el control de los incendios forestales de una actitud de competencia desleal respecto de una empresa privada que arrendaba helicópteros para tal fin, pero el TDLC descartó la afirmación de que su actividad fuese predatoria.<sup>64</sup>

La Ley de Competencia no contempla un tratamiento especial para las pequeñas y medianas empresas. Al abordar las reclamaciones relacionadas con el “poder de negociación,” el TDLC ha destacado que el objetivo de la ley de competencia es la eficiencia.<sup>65</sup> Debido a que los problemas de los negocios pequeños han perdido importancia en el terreno del cumplimiento de la ley de competencia, otras instituciones han pasado a apoyar a las Pymes. El Ministerio de Economía es responsable del fomento de las Pymes y de la coordinación de los programas que las respaldan. La relación entre las Pymes y la política de competencia ha sido objeto de dos estudios ministeriales. El primero revisa la teoría económica y la ley sobre limitaciones verticales y la discriminación en la relación descendente entre empresas grandes y Pymes. El segundo analiza el marco regulador y los instrumentos para proteger a las Pymes de los abusos en materia comercial.

#### ***4.1. Cuestiones sectoriales y regímenes especiales***

##### *Observaciones generales*

Las regulaciones de sectores utilizan herramientas familiares para corregir la mala distribución de recursos creada por los monopolios naturales, como las instalaciones de red en servicios públicos. Las regulaciones de precios se aplican en el sector de la electricidad.<sup>66</sup> Las restricciones a la entrada se aplican al abastecimiento de agua y a las concesiones de espectro radioeléctrico. La regulación de la estructura de mercado limita la integración vertical entre las empresas de servicio público y la recomendación de las autoridades de competencia ha llevado a la división de los servicios de telecomunicaciones locales y de larga distancia en diferentes empresas.<sup>67</sup> La interconexión obligatoria se aplica en situaciones en las que el control de las instalaciones esenciales por parte de una empresa de transportes o un operador de red tenga peso a la hora de que las empresas, ya sea en sentido descendente o ascendente, puedan competir de manera eficaz, como en los casos de generación y distribución de electricidad y los servicios de telefonía fija. La regulación asigna recursos, como el espectro radioeléctrico o el uso de derechos sobre el agua para generar electricidad. Las cuotas asignan derechos de propiedad para evitar la sobreexplotación de los recursos, tales como las subastas de derechos de pesca negociables. Aunque de manera menos justificada, la regulación también controla la entrada en el mercado del taxi: en 2005, un estatuto congeló el número de taxis hasta 2010.

Las autoridades de la competencia y los reguladores del sector en Chile tienen una historia de cooperación. No existen disposiciones ni formalidades en materia de coordinación institucional y la cooperación no es obligatoria, excepto en algunas situaciones. El TDLC ocasionalmente conoce de casos que

involucran conflictos de atribuciones con los reguladores sectoriales. En los casos en los que las regulaciones del sector impongan barreras legales a la entrada o la salida, tanto la FNE como el TDLC pueden examinar las regulaciones para garantizar que no se creen innecesarias limitaciones para la competencia. La FNE y el TDLC pueden solicitar al regulador que reexamine los reglamentos en caso de que constituyan una amenaza innecesaria para la competencia. Si el regulador rechaza la petición de la FNE, esta podrá presentar solicitud formal en el TDLC y el TDLC podrá emitir recomendaciones para corregir o eliminar las regulaciones. En *FNE vs. La Ciudad de Curicó*,<sup>68</sup> la FNE solicitó la eliminación de medidas de restricción para la competencia en una licitación para servicios de recolección, transporte y desecho de basuras. El TDLC ordenó a la ciudad de Curicó el pago de una multa simbólica de cinco unidades tributarias. Un conflicto entre la FNE y el regulador de transporte aéreo fue causa de un juicio que concluyó con una condena por parte del TDLC de las prácticas relacionadas con el concurso público de las líneas aéreas entre Santiago y Lima (Perú).<sup>69</sup>

Los sectores que se examinarán en esta sección son aquellos en los que se han producido cambios regulatorios, ya sea en el marco regulador con incidencia en la competencia, o aquellos en que importantes decisiones del TDLC han creado nuevas normas de la competencia.

### *Energía eléctrica*

La Ley Eléctrica fue promulgada en 1982.<sup>70</sup> Prevé la diversificación de la industria, la competencia en la generación de energía, un mecanismo para coordinar el envío de la carga y la regulación de tarifas de distribución y transmisión. El mercado está regulado por la Comisión Nacional de Energía y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, que actúan de acuerdo con un reglamento de 1998 que buscaba incrementar la transparencia y la competencia.

Desde 2004 se ha revisado la regulación de la electricidad, para esclarecer, en buena parte, algunos problemas que puedan haber sido causa del descenso de inversión en transmisión o en generación, así como para crear nuevos mecanismos para la resolución de conflictos. Las modificaciones más importantes han sido la Ley 19.940, conocida como Ley Corta, y la Ley 20.018, conocida como Ley Corta II. El objetivo principal era aclarar la forma en la que los inversores en activos de transmisión podían obtener un rendimiento por su inversión.

Las empresas generadoras venden la energía a “clientes no reglamentados” mediante una entidad que aúna los principales operadores, el Centro de Despacho Económico de Carga (“CDEC”). Esta entidad programa la entrega

favoreciendo el proceso de producción más eficiente. Se creó un mercado al contado con la intención de permitir a las generadoras realizar contratos libremente con otras generadoras para las entregas físicas ordenadas por el CDEC. Se permiten los contratos de larga duración entre las generadoras y las distribuidoras, ya que fomentan las inversiones y disminuyen el potencial de las barreras a la entrada.

La regulación de los precios al consumidor se realiza de conformidad con el llamado modelo de empresa hipotéticamente eficiente. Las tarifas de los consumidores se reajustan cada cuatro años y afectan a todas las empresas de distribución. Las tarifas se calculan en base al valor de sustitución de las “empresas modelo,” que se crean basándose en los servicios que las empresas prestan eficazmente en el mercado, unas empresas que perciben un 10% de tasa de retorno. Tanto los asesores contratados por el regulador como las empresas preparan estudios de coste. Se calcula el promedio de sus resultados, asignando una ponderación de dos tercios al estudio del regulador y una ponderación de un tercio al estudio de las empresas. Se realiza un “chequeo de la rentabilidad” para garantizar que las nuevas tarifas produzcan una tasa de beneficio real de entre el 6% y el 14% para el conjunto de las empresas. Si no es así, las tarifas finales se ajustan de manera proporcional, para que las tasas reales de rendimiento queden comprendidas dentro de este rango.

Las tarifas de transmisión, antes de las reformas de 2004, debían pactarse entre el propietario de las instalaciones de transmisión y la empresa interesada en interconectarse a ellas. La ley estableció los criterios técnicos y económicos y los procedimientos que las dos partes debían utilizar para determinar las tarifas de transmisión, que tendrían que renegociarse cada cinco años. Este modelo fija un precio al por mayor vinculante, que se recalcula cada seis meses, basándose en los cálculos del coste marginal a mediano plazo. Por otra parte, el cargo por transmisión de la electricidad fomenta la ubicación eficiente de las plantas generadoras. Si no se llega a un acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar la creación de un panel de expertos para resolver el conflicto. La actuación de estos paneles ha variado debido a unos reglamentos poco claros.

El principal tema de interés sigue siendo la integración vertical de la industria. ENERSIS controla CHILECTRA, la empresa distribuidora de electricidad del área metropolitana de Santiago, y posee también el 60% de ENDESA, que opera a nivel nacional en generación -y con anterioridad también en transporte-, mediante la titularidad de TRANSELEC. Después de varios intentos fallidos de romper esta combinación, la FNE obtuvo en 1999 instrucciones generales mejoradas y una orden de la Comisión de Competencia por la cual ENDESA y CHILECTRA no podrán fusionarse ni tener directores ni

altos ejecutivos compartidos y deberán someterse a auditorías por parte de diferentes empresas.<sup>71</sup>

La última declaración en torno a las normas de competencia en esta industria llegó desde el TDLC. En 2007, el TDLC aprobó la petición de dos empresas generadoras de electricidad para construir y dirigir de forma conjunta cinco plantas hidroeléctricas en el sur de Chile. La autorización estableció los parámetros para que los consultores y la nueva empresa conjunta determinasen el precio de transferencia. Ordenó que la fijación de precios para las instalaciones de transporte (o precios pagados por terceros) se basase en criterios objetivos y no discriminatorios. Ordenó también que todos los contratos relativos al diseño de la línea de transmisión previesen un período mínimo para la recepción de peticiones por partes independientes de capacidad en la línea de transmisión.<sup>72</sup>

### *Telecomunicaciones*

La Ley de Telecomunicaciones fue promulgada en 1982. Se introdujeron las regulaciones de tarifas en 1987. Las tarifas se determinan libremente en el mercado, salvo en los casos en los que existan cargos de acceso o cuando el TDLC estipule que deben regularse determinadas tarifas. El TDLC ha decretado que las tarifas para los consumidores solo deben regularse en los casos de existencia de empresas de telefonía fija dominantes, es decir, Telefónica CTC en la mayoría del país y Telsur y Telcoy en algunas regiones del sur. La agencia encargada de la revisión de tarifas y cargos de acceso es la Subsecretaría de Telecomunicaciones, SUBTEL.

Las revisiones de las tarifas reguladas y los cargos de acceso tienen lugar cada cinco años en base al “enfoque de empresa modelo,” es decir, calculando los costes que una empresa eficiente requeriría para prestar los servicios. Los supuestos y criterios específicos utilizados en el estudio tarifario se definen en los términos de referencia establecidos por el regulador y se basan en una propuesta presentada por la empresa regulada. Si la empresa disiente de los términos de referencia del regulador, podrá solicitar su opinión a un grupo de expertos en la materia. La Subsecretaría de Telecomunicaciones toma la decisión final.

En los primeros años tras la privatización de la industria, la cuestión fundamental sobre competencia versaba sobre si esta se vería afectada en caso de que se permitiese a las compañías telefónicas locales ofrecer un servicio de larga distancia. Este problema había surgido de forma intermitente desde la privatización de la industria, en 1988, debido principalmente a los intentos de Telefónica, propietaria de Compañía de Teléfonos (“CTC”) -empresa de

servicios de telefonía de la región-, de controlar la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (“ENTEL”) -empresa nacional e internacional de servicios a larga distancia-. En 1993, la Corte Suprema había determinado que los servicios nacionales y de larga distancia no debían separarse, ya que sería complicado hacerlo y, además, el desarrollo de tal tecnología derivaría en la eliminación de los fundamentos para dicha separación. No obstante, decretó que la entrada a un nuevo mercado debería realizarse mediante una filial independiente.<sup>73</sup> Más tarde, una enmienda de la ley añadió los principios de la Comisión, comenzando con la obligación de la empresa suministradora de servicios local de establecer un “sistema de multi-carrier” para que el usuario pudiera elegir su operador de larga distancia. En 1998, la Comisión de Competencia concluyó que el servicio de larga distancia nacional e internacional ya no precisaba controles de precios. Años después (en 2001 y 2008), las instituciones de la competencia determinaron también la forma en la que el regulador de telecomunicaciones asignaba el espectro en el mercado de la telefonía móvil. Con dicha capacidad, la Comisión de Competencia ordenó además que el regulador se sirviese de una subasta para decidir qué empresas deberían recibir derechos en el espectro.

El tema más importante de discusión es la posible desregulación de los servicios de telefonía fija. Los problemas de competencia surgidos desde 2004 han abordado fundamentalmente la interconexión. Una decisión del TDLC en 2004 afrontó la aprobación de una fusión entre dos operadores de cable. La propuesta estaba sujeta a la condición de que la empresa fusionada ofreciera un acceso abierto y no discriminatorio a servicios de Internet de banda ancha, a precios competitivos.<sup>74</sup> El TDLC sancionó también a una empresa de telefonía por abuso de posición dominante. En este caso, la empresa de telefonía, buscando la protección de su negocio, negó a los clientes mayoristas el uso de su plataforma de banda ancha para ofrecer servicio de voz IP. El TDLC ordenó a la empresa la modificación de las cláusulas restrictivas.<sup>75</sup>

#### *Agua y desecho de residuos*

La reforma del sector de abastecimiento de agua y saneamiento derivó en la promulgación de cuatro leyes reguladoras, a finales de la década de 1980, sobre el régimen de concesión, el papel de la Superintendencia de Servicios Sanitarios, el régimen tarifario y las ayudas para los consumidores con un bajo nivel de ingresos. La regulación del agua y el alcantarillado no ha variado desde 2004. El servicio a nivel local es responsabilidad de un único monopolio, que podrá ser público, privado o mixto. El Ministerio de Obras Públicas ofrece concesiones a las empresas basándose en un procedimiento de licitación competitiva.

En 1997, la Comisión de Competencia aprobó la adquisición de una compañía de aguas por parte de ENERSIS, la empresa suministradora dominante. La Comisión recomendaba que la conglomeración de empresas de servicios públicos estuviera sujeta a una mayor vigilancia por parte del gobierno. Luego, en 1998, fomentó la promulgación de la ley de Servicios Sanitarios, que aumentaba la transparencia y buscaba facilitar el camino hacia la futura introducción de la competencia donde fuera posible, restringiendo la integración de empresas de servicios públicos del mismo ámbito.

La ley fomenta también la competencia solicitando a las empresas de distribución de agua y de alcantarillado que permitiesen a otras empresas de aguas y alcantarillado utilizar sus redes y realizar contratos directos con “grandes consumidores.” El TDLC es responsable de decidir si las concesionarias de servicios públicos son monopolios naturales y de si, por lo tanto, están sujetas a tarifas máximas y otras normas. La Superintendencia aplica el modelo de empresa eficiente para fijar tarifas. La Superintendencia de Servicios Sanitarios fija las tarifas máximas y puede autorizar a las empresas de servicios públicos con menos de 25.000 conexiones de agua a la prestación de servicios de forma conjunta si tal acción se traduce en unas tarifas más bajas.

La FNE ha desempeñado un papel activo en lo que respecta a la presentación de demandas sobre las condiciones de las ofertas para la prestación de servicios de eliminación de residuos. En 2006 presentó una demanda ante el TDLC contra las cuatro mayores empresas suministradoras de agua de Chile por abuso de posición dominante en la imposición de precios abusivos para desarrolladores no urbanos. El TDLC ha adoptado, a petición de la FNE, una serie de instrucciones generales sobre las licitaciones en este sector.<sup>76</sup> Estas instrucciones tienen como objetivo sentar los criterios básicos para la presentación de ofertas en este mercado, para asegurar una publicidad, transparencia y acceso al mercado adecuados y la existencia de condiciones objetivas generales, uniformes y no discriminatorias, para promover la participación del mayor número posible de licitantes y la entrada de nuevos actores en diferentes etapas del proceso de tratamiento de los residuos sólidos de los hogares. Las instrucciones explican también que las empresas que ofrezcan servicios en las fases intermedias o finales de la gestión de los residuos sólidos de los hogares, deberán ofrecer un tratamiento equitativo a todos sus usuarios y clientes que requieran dichos servicios, sean o no sus competidores, y deberán abstenerse de cualquier tipo de discriminación arbitraria.

## **5. Cuestiones de competencia en procesos reguladores y legislativos**

La defensa de la competencia se concibe en un marco general. Las actividades de promoción pueden incluir declaraciones, presentaciones o

emisión de documentos para el legislador, ministerios, tribunales, reguladores sectoriales o municipios, o confección de discursos para asociaciones profesionales y empresariales, instituciones académicas y conferencias y redacción de artículos para su publicación. Incluso la celebración de conferencias de prensa y explicación pública de la importancia e implicancias de los principios de competencia y el mercado también podrán considerarse promoción.

La Ley de Competencia otorga atribuciones de promoción específicas. La FNE podrá realizar promoción no contenciosa ante un regulador de sector o autoridad pública. Si el regulador se opone a la posición de la FNE, la FNE podrá iniciar procesos en el TDLC. El TDLC también puede actuar por iniciativa propia, publicando recomendaciones para eliminar las restricciones regulatorias a la competencia.

En algunos sectores, el TDLC tiene también poder para determinar si las condiciones de competencia requieren intervención regulatoria para la fijación de precios. El estudio de las instituciones de la competencia sobre la competitividad de los mercados de las telecomunicaciones y la electricidad determina que las tarifas sean libres o si se deben fijar. Todavía no se ha completado un proceso de revisión sobre las regulaciones de precios en la industria de las telecomunicaciones, tras una decisión del regulador en la que se indica su intención de liberalizar este mercado.<sup>77</sup>

La FNE evalúa el impacto potencial sobre la competencia de las propuestas legislativas. Puede hacerlo como respuesta a las peticiones provenientes del Congreso o los parlamentarios, o por iniciativa propia.

La promoción no contenciosa llevada a cabo por la FNE es notable en telecomunicaciones, energía eléctrica y en los procesos de licitación de concesiones gubernamentales. En el caso de las telecomunicaciones, la FNE ha preparado varios informes a petición del regulador del sector, para los reglamentos de la televisión digital, la creación de un organismo técnico de resolución de controversias, las correcciones de las normas relativas a las licencias y un estudio general sobre las barreras para el desarrollo de las telecomunicaciones. En estos informes, la FNE ha apoyado al regulador de las telecomunicaciones en la eliminación de obstáculos que reduzcan el bienestar del consumidor. Un ejemplo destacado lo representa la propuesta de la FNE, aprobada por el TDLC, de desbloquear los teléfonos móviles y eliminar una disposición legal que evitaba que los usuarios optasen por proveedores de servicios alternativos (bloqueo de tarjeta SIM). El regulador de las telecomunicaciones aceptó la opinión de la FNE y se eliminó la barrera jurídica.<sup>78</sup>

En las concesiones públicas, la FNE recomendó la modificación del nuevo sistema tarifario que había sido introducido por el Ministerio de Obras Públicas para su aplicación en el aeropuerto de Santiago. El nuevo sistema cambiaba los términos del contrato de la concesión supeditando el arrendamiento de las pasarelas de embarque para el avión al suministro eléctrico. La FNE determinó que el nuevo sistema tarifario incrementaba sin razón los costes y creaba una barrera para los usuarios del aeropuerto (por ejemplo líneas aéreas), a favor de la empresa concesionaria, SCL. El regulador aceptó la opinión de la FNE y eliminó las disposiciones del *addendum* del contrato de concesión que vinculaban los dos servicios. De manera similar, en un antiguo caso relativo al uso de la infraestructura aeroportuaria, las Comisiones Preventivas propusieron la creación de límites en el grado de la integración vertical entre concesionarios del aeropuerto y líneas aéreas. La FNE intentó evitar la limitación de las concesiones del aeropuerto a favor de las compañías aéreas. Siguiendo estas recomendaciones, el regulador publicó una notificación en la que excluía a las compañías aéreas de futuros procesos de licitación, durante la fase de precalificación de la licitación.<sup>79</sup> Por otra parte, se dio una novedosa iniciativa en torno a la licitación en los exámenes de acceso a la universidad. La FNE recomendaba que el Ministerio de Educación y el Consejo de Rectores introdujesen normas mínimas de calidad y seleccionasen las empresas encargadas de la realización de exámenes optando por los precios más ventajosos, para introducir competencia en los procesos de licitación de selección del examinador.

Algunas veces los reguladores rechazan las propuestas de la FNE. En esos casos, la FNE tiene la opción de iniciar un proceso contra el regulador en el TDLC. Un ejemplo de este proceso es la decisión de la Junta de Aeronáutica Civil, el regulador del transporte aéreo internacional, de no adoptar una política de cielos abiertos. La FNE inició un proceso contencioso contra el organismo ante el TDLC para forzar la apertura del mercado.<sup>80</sup>

El TDLC podrá solicitar a algún organismo público que ejerza sus poderes reguladores para proteger la competencia, o que modifique o derogue alguna de las disposiciones reguladoras o legales anticompetitivas. El TDLC puede realizar recomendaciones al Presidente de la República, mediante propuesta de eliminación de legislación o normas que obstaculicen la competencia. También podrá proponer la adopción de nuevos reglamentos o leyes necesarias para el fomento de la competencia o para regular el ejercicio de ciertas actividades que tienen lugar en condiciones no competitivas (artículo 18.4, Ley de Competencia).

En la industria de las telecomunicaciones, el TDLC ordenó al regulador la reducción de los costes finales de cambio de los consumidores, que impedía que

las empresas de telefonía ofreciesen sus servicios en los teléfonos de sus competidores. Recomendó que el regulador ordenase a las empresas de telefonía móvil la realización de ofertas abiertas de los servicios al por mayor para la reventa, a fin de desarrollar así un mercado minorista de telefonía móvil.<sup>81</sup> Publicó varias sugerencias sobre la óptima regulación del servicio de Internet por voz, dirigida a garantizar la libre competencia.<sup>82</sup> En una decisión, iniciada a petición del regulador para una opinión sobre la asignación de derechos en un “concurso de belleza”, el TDLC ordenó la portabilidad de número de teléfono móvil.

Las recomendaciones del TDLC han cubierto un amplio espectro de otros sectores. El Servicio Nacional de Aduanas siguió una recomendación del TDLC que buscaba promocionar la competencia entre locales de almacenamiento que operan dentro y fuera de las concesiones de los aeropuertos. En la industria de distribución de combustible, el TDLC recomendó a un grupo de distribuidores mayoristas de combustible que diesen a competidores potenciales un trato no discriminatorio en el acceso a un distribuidor mayorista de combustible conjunto, y recomendó legislar sobre la oferta de acceso abierto al uso de las instalaciones conjuntas de transporte de combustible.<sup>83</sup> El TDLC también ha presentado recomendaciones para la licitación competitiva de contratos en las instalaciones del aeropuerto y puerto marítimo,<sup>84</sup> y para las normas sobre los límites a la integración vertical aplicables a los puertos marítimos<sup>85</sup> y aeropuertos<sup>86</sup>. El TDLC propuso nuevos reglamentos para la interconexión de la red eléctrica, así como para animar a las empresas eléctricas a participar en procesos de suministro de electricidad. Estas normas se han creado para establecer requisitos en la licitación de contratos de suministro con la intención de reducir las barreras a la entrada.<sup>87</sup>

El TDLC ha publicado instrucciones generales en el mercado para la recolección, transporte y eliminación de residuos urbanos sólidos. La Instrucción General N° 1 ordena al regulador la separación, en términos de licitación, de los servicios competitivos (recolección o transporte de residuos) de los no competitivos (terrenos ofrecidos para la eliminación final de residuos y alcantarillado). Esta medida nace para evitar la exclusión del mercado mediante traspaso del monopolio en un mercado a otro.<sup>88</sup>

La FNE ha desarrollado iniciativas conjuntas con la OCDE para fomentar la conciencia pública en cuestiones de competencia. En 2008, la FNE lanzó el programa “OCDE/FNE contra la colusión entre oferentes en licitaciones de abastecimiento público”. La FNE ha realizado varias apariciones públicas y presentaciones para aumentar la difusión sobre las consecuencias negativas del comportamiento colusorio y para diseñar mecanismos que eviten y detecten esta conducta. En el sitio web de la FNE hay una nueva sección que publicita esta

iniciativa. Los debates sobre este tipo de comportamiento colusorio se destacaron también durante el Día de la Competencia de la FNE.

## **6. Conclusiones y evaluación**

Con este informe se ha examinado la ley y la política de la competencia de Chile a la luz del plan de trabajo sobre la adhesión,<sup>89</sup> para asistir al Comité de Competencia en su evaluación sobre la disposición y capacidad de Chile de asumir las obligaciones de miembro de la OCDE, en lo concerniente a la política de competencia. La sección de conclusiones resume los resultados en las tres dimensiones que el comité ha prescrito para su evaluación: (1) la situación actual de la política y aplicación de la competencia, (2) la magnitud y dirección del cambio en política de competencia a lo largo de 5-10 años, y (3) el alcance de conformidad con las recomendaciones concretas de los instrumentos de política de competencia a los que se refiere el plan de trabajo.

### ***6.1. Política de competencia y aplicación de la ley en el presente***

La ley de la competencia en Chile es sorprendentemente simple y general aunque suficientes para apoyar una política y una aplicación efectivas. La experiencia de los casos es la que está aportando el contenido. La simplicidad de Ley de la Competencia de Chile invita a la aplicación de un análisis económico para elaborar la forma en la que se aplica. Un único artículo general de la Ley de la Competencia establece la totalidad de su principio base. Las tres subsecciones con ejemplos de conducta anticompetitiva y prohibida corresponden a categorías familiares de la ley de competencia: acuerdos restrictivos y acciones concertadas, abuso unilateral de posición dominante y exclusión predatoria. No se hace referencia al control de fusiones, aunque el apoyo estatutario a las decisiones sobre el control de las fusiones se desprende de la prohibición contra cualquier conducta que “tienda a producir” efectos anticompetitivos. Lo deseable sería la consecución de una mayor claridad e información sobre las normas y procesos para las fusiones.

En estos momentos, la aplicación de la ley está prestando mucha más atención a los carteles. Las acciones de mayor repercusión han acaparado la atención de la comunidad empresarial. En 2008, la Corte Suprema confirmó la mayor multa jamás impuesta, en el caso de la guerra de los televisores de pantalla plana, y el TDLC emitió su decisión de mayor alcance rechazando una fusión en el caso Falabella. Al final del año, la FNE presentó cargos por la coordinación de precios realizada por determinadas farmacias minoristas. No obstante, el abuso de posición dominante continúa siendo el área más importante de la aplicación de la normativa antimonopolio. Las decisiones del TDLC han

elaborado lo que la ley tipifica como abuso de posición dominante, aplicando un enfoque económico que plantea si la conducta abusiva es “objetivamente” excluyente o de explotación. El TDLC no interpretará como conducta abusiva aquel comportamiento que sea económicamente eficiente.

La distribución de tareas de aplicación de la ley entre dos autoridades independientes, una de investigación y otra encargada de la toma de decisiones, ha funcionado hasta el momento. El TDLC ha sido eficiente y productivo, emitiendo alrededor de 20 decisiones por año, la mayoría de ellas en procedimientos contenciosos. El análisis económico subyace a las decisiones en una parte cada vez mayor de jurisprudencia, que podría explicar con más detalle el alcance de las doctrinas que se entienden incorporadas en el texto de la ley. Sin embargo, la flexibilidad debe pagar un costo: su imprevisibilidad. El caso Falabella muestra cómo la creatividad económica produce inestabilidad legal. La constatación de un mercado relevante de “retail integrado”, que incluía multi-tiendas, centros comerciales y créditos al consumo relacionados, la decisión del TDLC reconoce la importancia de las economías de alcance en el sector minorista. Se aleja a la vez del enfoque tradicional, más limitado, de las decisiones previas y de la metodología de las Guías de la FNE.

La incertidumbre sobre lo que hará el TDLC se magnifica por la inconsistencia de las orientaciones de la Corte Suprema. La propia Corte Suprema carece de capacidad para abordar cuestiones económicas complejas y sus desacuerdos con el TDLC revelan una prolongada preferencia judicial por las decisiones relacionadas con las categorías y normas jurídicas. La incertidumbre persiste en los métodos para la definición de mercados, la el estándar sustantivo aplicable a las fusiones y el estándar de convicción aplicable a los carteles duros. Las normas aplicadas a la exclusión predatoria son difusas. Más concretamente, una decisión de la Corte Suprema implica que se pueda determinar que la fijación de precios es predatoria en ausencia de poder de mercado, tratándola casi como un ilícito *per se*.

Las directrices para la aplicación de la ley pueden esclarecer el alcance y la dirección de la política. Las directrices pueden responder a la crítica que afirma que las normas no son transparentes o comprensibles. La FNE ha publicado una guía sobre fusiones, pero el TDLC, como organismo judicial independiente, no está obligado a seguir tales instrumentos. Para resultar más útiles a la hora de ayudar a las empresas de Chile a cumplir la ley, las guías sobre interpretación y análisis deberían seguir la práctica decisoria del TDLC, además de recurrir a los modelos y el aprendizaje de la comunidad internacional de competencia.

## 6.2. Tendencias: magnitud y dirección del cambio a lo largo de 5-10 años

La aplicación de la ley ha aumentado de manera espectacular desde los cambios legislativos producidos en 2003, las sanciones se han endurecido y se hizo para la aplicación un procedimiento de confrontación. La Revisión del Foro Latinoamericano de Competencia de 2004<sup>90</sup> destacó que existía un bajo grado de aplicación, excepto en infraestructura, y que las sanciones eran bajas. Recomendaba también la ampliación de la sección de la ley que describe la conducta prohibida. Siguiendo tal recomendación, la Ley de Competencia de 2003 introdujo tres categorías como ejemplos de conducta anticompetitiva y prohibida. Desde 2003, tanto el número de casos formales como el nivel de sanciones han experimentado un aumento excepcional. En la actualidad, las recomendaciones, que solían ser el resultado de un procedimiento de aplicación de la ley, se utilizan únicamente para ofrecer asesoramiento y promoción.

Los cambios estructurales de las instituciones siguieron las recomendaciones realizadas por la Revisión del Foro Latinoamericano de Competencia de 2004. El cambio más importante ha sido la creación del Tribunal que reemplazó a las Comisiones Resolutiva y Preventivas y la sustitución del sistema de asesoramiento de tres instancias por un sistema contencioso de dos instancias. El TDLC realiza tanto el papel de toma de decisiones como el de promoción que previamente realizaban entidades diferentes. Comparado con la antigua Comisión, el TDLC cuenta con más independencia, más miembros cualificados un mayor estatus y sus miembros trabajan de forma más regular, desde tres días por semana hasta jornada completa. Como organismo judicial, cuenta con un estatus más alto y mayor poder. Los cambios estructurales han hecho que el sistema sea más transparente y efectivo. La FNE y el TDLC confían cada vez más en las experiencias y autoridades internacionales para apoyar sus decisiones. El TDLC ha rechazado el enfoque legalista que el Informe del Foro Latinoamericano de Competencia de 2004 asoció con una preferencia por reglas *per se*. La interpretación literal ha dejado paso a la confianza en el análisis económico. En el área de las restricciones verticales, por ejemplo, donde el enfoque legalista había enfatizado la discriminación “objetiva”, las decisiones se apoyan ahora más en las consideraciones del poder de mercado y la eficiencia económica.

Las relaciones y responsabilidades siguen en evolución en las tres principales instituciones: la FNE, el TDLC y la Corte Suprema. En el caso Falabella, el TDLC no siguió las Directrices de la FNE acerca de las fusiones. Los dos organismos judiciales han sido más reacios que la FNE a declarar la colusión en ausencia de pruebas directas del pacto. Las mayores diferencias pueden disminuir con más experiencia. La Corte Suprema debería tener un

mayor conocimiento de los principios económicos sobre los que se basan las normas de competencia. Ello podría alcanzarse adquiriendo más experiencia revisando decisiones del TDLC. O también se podría mejorar la capacidad de la Corte mediante la formación o con recursos adicionales, para conservar a los asesores económicos en caso necesario.

### ***6.3. Implementación de los seis principios del plan de trabajo***

Chile ha aceptado todas las Recomendaciones del Consejo sobre política de competencia, así como los Principios Rectores para la Calidad y el Desempeño Regulatorio de 2005 y las Buenas Prácticas para el Intercambio de Información de 2005. En general, la ley de competencia y la política reguladora en Chile se ajustan a los principios establecidos en las Recomendaciones y los dos instrumentos de 2005, aunque en varios aspectos, como se cita más adelante, se recomiendan mejoras de la aplicación y la regulación.

#### *1. Carteles*

Chile se ha comprometido a garantizar que las leyes de competencia, las sanciones y los procedimientos de aplicación e instituciones impidan, pongan remedio y acaben con los carteles intrínsecamente nocivos. La recomendación del Consejo de 1998 referida a acciones efectivas contra carteles duros se centra en la destrucción de carteles, en abordar un control, disuasión y remedios eficaces, en los procesos de cumplimiento y los poderes, en las sanciones contra empresas e individuos, en las exenciones y exclusiones, y en la aplicación de la cooperación y la cortesía. (La cuestión de la cooperación se discute más adelante; una salvedad sobre la capacidad para compartir información confidencial se aplica a la defensa de la competencia, así como en otras áreas). Chile ha aceptado la recomendación contra carteles intrínsecamente nocivos en su Memorándum Inicial, que está sujeta a un margen de tiempo para lograr la total implementación. Se trata del ámbito en el que parece más recomendable hablar de esfuerzos adicionales para aumentar la efectividad de la aplicación. La observación sobre el marco temporal quedaría resuelta con la adopción e implementación de la legislación en los poderes de investigación, las sanciones y la clemencia; esta cuestión está actualmente pendiente.

Las instituciones de la competencia se encuentran comprometidas con una represión eficaz de los carteles duros. Las multas requeridas han aumentado. Pero prácticamente no ha habido sentencias condenatorias, porque los tribunales se han negado a aceptar las pruebas circunstanciales como prueba suficiente del acuerdo. Por otra parte, y en lo que parece un signo de avance, la Corte Suprema confirmó la existencia de un acuerdo en el caso de la guerra de los

televisores de pantalla plana, en el que las pruebas mostraban un patrón de comunicaciones, si bien no el contenido de los mensajes. Este caso fue también el primero en imponer una multa sustancial, aunque la conducta en cuestión era un boicot colusivo y no un acuerdo para fijar precios.

La ley de 2009 aborda las limitaciones prácticas. Estos cambios contemplan la introducción de un programa de clemencia típico, otorgan a la FNE poderes para realizar allanamientos sorpresa y aumentan las sanciones máximas. La autorización de un programa de clemencia representará un importante paso adelante hacia una aplicación más efectiva. Poderes de investigación y sanciones más drásticas también serán de ayuda, aunque el apoyo de la Corte en la imposición de la elevada multa en el caso de los televisores de pantalla plana muestra que quizá, a diferencia de otras jurisdicciones, no se requiere tanta educación sobre la importancia de sanciones disuasivas. Los nuevos poderes de investigación que la FNE puede aplicar, en la recopilación de las pruebas necesarias para acreditar un acuerdo, ya los ejercen otros organismos de aplicación de leyes en Chile.

## 2. *Fusiones*

Chile se ha comprometido a garantizar que la revisión de las fusiones es eficaz, eficiente y oportuna, y que sigue las normas de la Recomendación del Consejo relativa a Revisión de Fusiones de 2005. Esta Recomendación ofrece una guía de las mejores prácticas sobre el control de fusiones. Se ocupa de la eficacia, la eficiencia (en lo que respecta a la jurisdicción, notificación y reunión de información), la oportunidad, la transparencia, la equidad procesal, la consulta, el acceso de terceros, la no discriminación, la protección de la confidencialidad, los recursos y poderes y la cooperación para la aplicación. (El tema de la cooperación se aborda más adelante de manera independiente). Los procedimientos de la revisión de fusiones de Chile siguen esta Recomendación.

A pesar de la omisión de las fusiones en el texto de la Ley de Competencia, no se ha informado sobre casos que impugnen la legalidad de las fusiones. Sin embargo, sería deseable aclarar las atribuciones del TDLC, las etapas del análisis de fusiones y las normas materiales aplicadas.

La ausencia de una obligación legal de notificación formal previa a la fusión no ha dañado la efectividad de la revisión de fusiones. El procedimiento voluntario en el TDLC es un marco para la revisión voluntaria de fusiones. Una vez que la empresa solicita la revisión, la transacción no se puede cerrar hasta que el TDLC emita una decisión favorable. Chile no prevé ningún requisito de notificación formal previo a la fusión. Las empresas están ahora liberadas de los

costes de transacción de las notificaciones y el TDLC y la FNE pueden establecer mejor sus prioridades, sin la carga de la obligación de las notificaciones. La revisión voluntaria le permite al TDLC obtener suficiente información para evaluar los efectos en la competencia de una fusión, además de ofrecerle al TDLC poder efectivo para emprender medidas de corrección en caso necesario. Los requisitos de información no imponen costes innecesarios ni cargas a las partes. Dado que se trata de un proceso voluntario, no parece probable que se pueda aplicar a una fusión que no tenga el correspondiente nexo con Chile. El TDLC va en camino de regularizar la revisión voluntaria de fusiones, debido a que está desarrollando una instrucción para las partes sobre la información que deberían presentar al TDLC.

Al ser voluntaria esta revisión, existe menos preocupación por las cargas innecesarias de las partes y por eliminar con rapidez las transacciones que no representen problemas. Al querer estar seguras, las partes se pueden decepcionar. Esto quiere decir que pueden solicitar una revisión por precaución, creyendo que su transacción no es problemática y luego sorprenderse cuando el TDLC encuentre algún problema. Esto es lo que ocurrió en el caso Falabella. Dicha experiencia no implica necesariamente que las transacciones no problemáticas afronten costes y riesgos indebidos; al contrario, esto puede demostrar que incluso un programa voluntario puede revisar y adoptar medidas hacia transacciones problemáticas por adelantado.

Los problemas debidos a derechos de terceros en la revisión de fusiones se solucionan de dos maneras. En primer lugar los terceros y la FNE pueden iniciar procedimientos contenciosos de revisión de fusiones, declarando que una transacción viola el artículo 3. En segundo lugar, el organismo que se ocupa tanto de los procesos contenciosos como de los voluntarios, el TDLC, es un tribunal cuyas normas para estos casos permiten la participación de terceros. No obstante, para impedir los abusos de los grupos de presión, el TDLC cuenta con una política de divulgación total: publica en su sitio web todas las peticiones de las partes privadas para las reuniones con sus miembros.

La *Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales* de la FNE (2006) expone unos principios materiales de análisis similares a los aplicados por las autoridades de competencia de los países miembros. Entre estos principios se incluye una revisión del mercado pertinente, la concentración del mercado, las barreras a la entrada, la dinámica de la competencia, consideraciones sobre eficiencia y consideraciones sobre empresas en dificultades. La Guía no vincula al TDLC, lo cual hace difícil predecir cómo seguiría y aplicaría estas normas el TDLC. De forma similar, no existen normas formales que establezcan un plazo para completar una revisión, una vez que se

empresa. La Guía de la FNE no implica al TDLC en sus procedimientos más de lo que lo hace en su análisis sustantivo. El TDLC intenta emitir decisiones en un período de tiempo razonable, aunque no se impone ningún plazo.

La práctica de la FNE en el tratamiento de las fusiones transnacionales es escasa. Todavía se continúa examinando si los remedios perseguidos en Chile son coherentes con los buscados en otras jurisdicciones de revisión.

### 3. *Separación estructural*

Chile se ha comprometido a considerar cuidadosamente los costes y beneficios de las medidas estructurales y de gestión al enfrentarse a situaciones que combinan actividades competitivas y no competitivas en industrias reguladas, concretamente en los casos de privatización, liberalización y reforma reguladora, siguiendo la Recomendación del Consejo relativa a la Separación Estructural en Industrias Reguladas de 2001. Esta Recomendación aborda la evaluación coste-beneficio de las medidas de actuación y estructurales, incluyendo la consideración de los costes de transición y los beneficios públicos de la integración vertical. Dicho balance debería contar con la participación de los reguladores de sector y las autoridades de competencia. Chile acepta esta Recomendación y ha aplicado sus principios, concretamente en la reforma de las telecomunicaciones; sin embargo, la reforma estructural está llevando más tiempo en el sector de la electricidad.

### 4. *Regulación del mercado*

Chile se ha comprometido a fomentar una política de competencia efectiva y a garantizar que las restricciones regulatorias a la competencia sean proporcionales a los intereses públicos que atienden, de conformidad con los Principios Rectores para la Calidad y el Desempeño Regulatorio de 2005 de la OCDE. Estos principios y objetivos incluyen la eliminación de disparidades sectoriales en la cobertura de la ley de competencia, la coordinación de la supervisión reguladora y la aplicación de la ley de competencia, la proporcionalidad en el diseño de la regulación económica, la revisión periódica del balance coste-beneficio, la eficiencia de la reforma para la introducción de competencia, la elección del consumidor, la titularidad estatal, el servicio universal, la consideración de la competencia en el análisis del impacto de la regulación, la atribución de las autoridades de competencia para la proposición de reformas y las vinculaciones con otros objetivos.

Los reguladores de los sectores de las telecomunicaciones y la electricidad no están autorizados a establecer tarifas a menos que el TDLC hubiera

determinado que el mercado no es competitivo; en un caso, el fallo de la Comisión que determinaba que los servicios de telefonía local no eran competitivos, estableció seis disposiciones dirigidas a crear un mercado realmente competitivo.

Las instituciones de política de competencia pueden tomar medidas para eliminar barreras a la entrada que deban someterse a regulación. La FNE podrá solicitar al regulador que reexamine el reglamento en cuestión. Si el regulador rechaza la petición de la FNE, esta última podrá presentar petición formal en el TDLC y, a su vez, el TDLC podrá emitir recomendaciones para corregir o eliminar las regulaciones. El TDLC puede actuar por propia iniciativa y publicar recomendaciones para eliminar las restricciones reguladoras de la competencia. En el ámbito del agua y la eliminación de residuos, han sido particularmente activos, rellenando vacíos para crear una situación reguladora que contribuya a la consecución de la competencia. En los sectores de infraestructura, las autoridades de la competencia han sido especialmente activas en las etapas iniciales de la reforma. La Comisión de Competencia de Chile prohibió una vez al regulador nacional de telecomunicaciones la asignación de espectro adicional a las dos empresas que había elegido y le ordenó que, en su lugar, celebrase una subasta. El proceso todavía continúa. En 2006 el TDLC emitió unas instrucciones generales sobre la regulación de los procesos de licitación de los servicios de eliminación de residuos. Las decisiones del TDLC sobre aplicación de la ley de 2004 y 2006 han abierto los mercados y reducido las barreras en las telecomunicaciones.

##### 5. *Cooperación internacional*

Chile se ha comprometido a cooperar en las investigaciones y procedimientos que apliquen las leyes de competencia, mediante la notificación y coordinación de conformidad con la Recomendación del Consejo de 1995 relativa a la cooperación entre países miembros acerca de las prácticas anticompetitivas que afectan al comercio internacional y mediante la integración de la declaración de 2005 del Comité de Competencia de las buenas prácticas para el intercambio formal de información entre las autoridades de competencia en las investigaciones sobre carteles duros de 1998. Las Recomendaciones del Consejo sobre los carteles intrínsecamente nocivos (1998) y las fusiones (2005) abordan también la cooperación internacional. Entre las cuestiones de estos instrumentos se incluye la notificación, la coordinación, el intercambio de información, la consulta-conciliación-cortesía, la protección de la confidencialidad y el privilegio, los efectos para los solicitantes de clemencia e informantes y la notificación de los proveedores de información. Chile acepta estas recomendaciones, cuya total implementación

estará supeditada a un plazo y a una reserva con respecto a las mejores prácticas relacionadas con las investigaciones sobre carteles. Chile cumple con los principios expuestos en tales instrumentos.

La cooperación internacional en cuestiones de defensa de la competencia está limitada por la protección de los derechos constitucionales a la privacidad. La FNE debe cumplir con las normas nacionales que limitan el alcance de los intercambios de información. La FNE únicamente podrá solicitar información a partes privadas una vez que se haya iniciado una investigación en Chile o en el contexto de una investigación internacional existente. Antes de que la información que figura en los documentos, u otra información obtenida de partes privadas, se pueda compartir con una agencia fuera de Chile, existe una obligación legal de informar a las partes si hubiera probabilidad de que este hecho afectase a sus intereses y derechos. Atendiendo a la ley general extraída de los principios constitucionales, dichas partes tienen derecho a oponerse a la transferencia de su información. La conformidad con los instrumentos que abordan la cooperación para la aplicación depende de este derecho.

La FNE y las agencias de competencia extranjeras a menudo mantienen contacto informal durante las investigaciones. Tanto la FNE como el TDLC han realizado peticiones de información en conexión con casos específicos en el TDLC. Se logra la cooperación mediante memorándums de entendimiento o acuerdos de cooperación. La FNE ha firmado acuerdos con Canadá, Costa Rica, México, Brasil y El Salvador, y está considerando el inicio de las negociaciones para la adopción de nuevos acuerdos con varios países diferentes. Todos estos acuerdos incluyen disposiciones sobre asistencia técnica y la mayoría de ellos cuentan también con disposiciones sobre cooperación e intercambios de información para la aplicación.

#### 6. *Derechos de propiedad intelectual*

Chile se ha comprometido a la aplicación efectiva de los derechos de propiedad intelectual. En la medida en que dicha aplicación efectiva puede ser afectada por la ley de competencia y su aplicación,<sup>91</sup> la ley chilena parece consistente con dicho principio. La Ley de Competencia no contiene disposiciones específicas sobre los derechos de propiedad intelectual y no existe una exención general por categorías ni regulación relativa a la concesión de licencias sobre derechos de propiedad intelectual. Así, las disposiciones generales de la ley relativas a los acuerdos restrictivos se aplican a los acuerdos sobre licencias de propiedad intelectual. Las disposiciones relacionadas con el abuso de la posición dominante podrán aplicarse a una conducta como la denegación de una licencia. La Ley de Competencia Desleal adoptada en 2007

puede afectar la forma en la que los derechos de propiedad intelectual, como las marcas comerciales, se encuentran protegidos en litigios en tribunales civiles. Entre los organismos con un interés más directo en estas políticas y controversias se cuentan el Instituto Nacional de Propiedad Industrial (INAPI) y el Tribunal de Propiedad Industrial.

Chile, que acepta la recomendación, ha apuntado que la FNE y el TDLC tienen en cuenta las características particulares de la innovación y los derechos de propiedad intelectual en casos pertinentes relacionados con estos derechos. El análisis de las restricciones verticales que surge de los contratos para las licencias de patentes o la transferencia de tecnología se ha modernizado, junto con el resto del análisis de la competencia en Chile, hasta el punto de llegar a considerar la eficiencia económica. Chile ha observado que los conflictos entre la competencia y los derechos de propiedad intelectual han sido poco comunes, en parte debido a que hay pocas patentes registradas en Chile.

## Notes

1. Disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/61/58/41463062.pdf>.
2. Se puede acceder a una lista de acuerdos de libre comercio, bilaterales y regionales actualmente en vigor, en: <http://www.direcon.cl/>. La mayoría de ellos contienen capítulos de política de competencia y otras disposiciones relacionadas con la política de competencia.
3. Sentencia N° 24/2005 –TDLC, 28 de julio de 2005.
4. Resolución N° 1/2004 –TDLC, 25 de octubre de 2004.
5. Sentencia N° 16/2005 –TDLC, 20 de mayo de 2005.
6. Resolución N° 1/2004 –TDLC, 25 de octubre de 2004.
7. *P.ej.* TDLC, 6 de junio de 2007, Sentencia N° 53/2007, en la que se condenó a un vendedor mayorista de gasolina a pagar una multa de 97 millones de pesos chilenos, unos 150.000 USD, por violación de las decisiones N° 435 y 438 relativas a las limitaciones verticales en la distribución de gasolina (revocada por la Corte Suprema, el 25 de septiembre de 2007, expediente 3506-2007); o TDLC, 3 de agosto de 2006, Resolución N° 15/2006, sobre una cláusula de arbitraje en un contrato de franquicia.
8. *P.ej.* TDLC, 8 de mayo de 2008, Sentencia N° 65/2008, en la que manifestaba que “el ejercicio de poder de compra [entendido como poder de negociación asimétrico] solo podría tener efectos negativos sobre la competencia cuando ello incida, en forma no transitoria, en la oferta agregada de productos, sea mediante la reducción en las cantidades totales transadas, el aumento en los precios finales, o la reducción de las inversiones en innovación y desarrollo de nuevos productos”. (Cons. 104).
9. Resolución N° 24/2008 –TDLC, 31 de enero de 2008.
10. La Ley de Competencia reconoce que las pruebas legales serán consideradas pruebas circunstanciales bajo la norma de sana crítica, ampliamente admitida

en los principios legales aplicados por otros países de la región. Según este principio, el juez debe “indicar las razones por las cuales adquiere la convicción sobre los hechos de la causa, basado en las normas de la lógica y de la experiencia, después de analizar la prueba” ” (Corte Suprema, 4 de julio de 2007, Expediente 6236-2006, Cons. 19°, ratificando en parte e invalidando parcialmente la Resolución TDLC N° 45/2006 de 26 de octubre de 2006.).

11. Sentencia N° 74-TDLC, 2 de septiembre de 2008.
12. Resolución N° 79 –TDLC, 10 de diciembre de 2008, apelación pendiente del FNE en la Corte Suprema.
13. Resolución N° 38/2006 –TDLC, 7 de junio de 2006, anulada por la Corte Suprema, 12.28.2006.
14. Resolución N° 43/2006 –TDLC, 7 de septiembre de 2006, anulada por la Corte Suprema, 22.01.2007.
15. El voto en contra del TDLC, en el caso de ISAPRES, menciona que dada la dificultad práctica de contar con pruebas directas –ya que no existían a la fecha poderes para confiscar documentos ni registrar las oficinas en busca de pruebas – las pruebas de conducta constituyen colusión, a pesar de su ambigüedad inherente.
16. Sentencia N° 74/2007 –TDLC, 2 de septiembre de 2008, ratificada por la Corte Suprema, 29.12.2008 aunque reduciendo la cantidad de las multas a 1,5 unidades tributarias cada uno.
17. Resolución N° 22/2007 –TDLC, 19 de octubre de 2007.
18. Resolución N° 734/2004 –Comisión Resolutiva, 24 de agosto de 2004.
19. Sentencia N° 69/2008 –TDLC, 26 de junio de 2008.
20. Resolución N° 15/2006 –TDLC, 3 de agosto de 2006, Resolución N° 16/2006 –TDLC, 17 de agosto de 2006, y Sentencia N° 16/2005 –TDLC, 20 de mayo de 2005.
21. *P.ej.* Sentencia N° 26/2005-TDLC, 5 de agosto de 2005, y Sentencia N° 45/2006-TDLC, 26 de octubre de 2006, sancionadas por abusos de exclusión, una filial de *British American Tobacco* y la principal empresa del mercado de la telefonía fija, respectivamente. Se determinó también que esta última tenía una posición dominante en las redes de telecomunicación y el mercado de banda ancha.

22. *P.ej.* Resolución N° 15/2006 –TDLC, 3 de agosto de 2006, en la que se emitió una orden judicial contra la principal mayorista de productos farmacéuticos por la cláusula de arbitraje (un estándar de imparcialidad en la designación del árbitro); y la Sentencia N° 16/2005 –TDLC, 20 de mayo de 2005, en la que se emitió orden judicial contra dos distribuidoras cinematográficas, en la que se les pedía que informasen a los exhibidores sobre las películas que estarían próximas a estreno y las fechas de los mismos, y fundamentasen su sistema de distribución y asignación de copias de películas en criterios generales, objetivos y uniformes.
23. Corte Suprema, 26 de mayo de 2005, Expediente 4927-2004, que invalida parcialmente la Sentencia N° 9/2006 –TDLC, 5 de octubre de 2004.
24. Sentencia TDLC N° 45/2006 de 26 de octubre de 2006.
25. Sin embargo, la Corte Suprema, en recurso de apelación, decidió que el TDLC había pasado por alto las pruebas económicas que respaldaban la posición del demandado, por lo que anuló su decisión, basándose precisamente en que carecía de razonamiento económico que lo apoyase.
26. Sentencia N° 78/2008 –TDLC, 4 de diciembre de 2008.
27. Sentencia N° 55/2007 –TDLC, 21 de junio de 2007.
28. Aproximadamente 273.984 USD. Sentencia N° 73/2008 TDLC, 20 de agosto de 2008, ratificada por la Corte Suprema, con fecha de 26 de noviembre de 2008, aunque reduce la multa a 300 unidades tributarias anuales.
29. Sentencia N° 16/2005 –TDLC, 20 de mayo de 2005.
30. Aproximadamente 312.000 USD. Sentencia N° 37/2006 –TDLC, 10 de mayo de 2006.
31. Aproximadamente 75.000 USD. Sentencia N° 29/2005 – TDLC 12 de septiembre de 2005.
32. Sentencia N° 26/2005 –TDLC, 5 de agosto de 2005.
33. Corte Suprema 13.08.2008, expediente 2339-2008, que ratifica en su mayor parte la Sentencia N° 63/2008 –TDLC, 10 de abril de 2008.
34. Aproximadamente 90.000 USD.
35. Sentencia N° 28/2005 –TDLC, 7 de septiembre de 2005.

36. Aproximadamente 720.000 USD. Sentencia N° 39/2006 –TDLC, 13 de junio de 2006, y Corte Suprema, expediente 3449-2006 de 29 de noviembre de 2006.
37. Resolución N° 1/2004 –TDLC, 25 de octubre de 2004.
38. Resolución N° 22/2007 –TDLC, 19 de octubre de 2007.
39. Instrucción General N° 1/2006 –TDLC, 8 de junio de 2006.
40. Sentencia N° 45/2006 –TDLC, 26 de octubre de 2006.
41. Corte Suprema, 4 de julio de 2007, Expediente 6236-2006, Cons. 34, que ratifica en parte y anula parcialmente la Sentencia N° 45/2006 – TDLC, 26 de octubre de 2006.
42. El índice H-H se calcula mediante la suma de los cuadrados de las cuotas de mercado de cada participante del mercado. La FNE presume que un índice H-H tras la fusión inferior a 1.000 puntos no implicará potenciales efectos anticompetitivos. Los mercados con un índice H-H de entre 1.000 y 1.800 puntos presentan una concentración moderada. Finalmente, un índice H-H tras la fusión superior a 1.800 puntos se considerará como potencialmente dañino y precisará más estudio.
43. Artículo 38, Ley de Libertad de Opinión y Expresión (Ley N° 19,733).
44. Resolución N° 1.045 de la antigua Comisión Resolutiva.
45. Sentencia 9/2004 TDLC y Sentencia 65/2008 TDLC.
46. Corte Suprema, 26 de mayo de 2005, Expediente 4927-2004, que revoca parcialmente la Sentencia N° 9/2006 –TDLC, 5 de octubre de 2004.
47. Resolución N° 1/2004 –TDLC, 25 octubre de 2004.
48. Resolución N° 2/2005 –TDLC, 4 de enero de 2005.
49. Resolución N° 23/2008 –TDLC, 4 de enero de 2005
50. Resolución N° 24/2008 –TDLC, 31 de enero de 2008.
51. Ley N° 20.169 de 16 de febrero de 2007.
52. Artículo 3 (c) de la Ley de Competencia.

53. Sentencia N° 10/2004 –TDLC, 24 de noviembre de 2004, y la Sentencia N° 12/2004 –TDLC, 20 de diciembre de 2004. En ambos casos, el TDLC precisó que una violación del artículo 3 de la Ley de Competencia precisaba tanto una práctica de competencia desleal como un objetivo de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. Además, el TDLC consideró que, aunque las disposiciones de diferentes subsecciones del artículo 3 eran meros ejemplos, siguiendo los términos y los debates del proceso legislativo de la provisión sobre competencia desleal, resultó obvio que el propósito del legislador había sido el de excluir a la competencia desleal del alcance de la Ley de Competencia, si los actos desleales no afectaban al mercado en su conjunto.
54. Resolución N° 8/2004 –TDLC, 22 de septiembre de 2004, que impone multa a un laboratorio por publicidad comparativa y denigrante en un mercado concentrado; también Resolución N° 24/2005 –TDLC, 28 de julio de 2005, que impone una sanción por la imitación del producto de un proveedor y poner en riesgo de confusión un laboratorio integrado en una cadena minorista en un mercado concentrado; además, la Resolución N° 30/2005 –TDLC, 21 de septiembre de 2005, contra una empresa de pesca por crear barreras a la entrada mediante procedimientos de marcas comerciales mediante el registro del nombre genérico de un producto, impidiendo su uso por parte de otros operadores de la industria, abusando así de sus derechos de propiedad intelectual; finalmente, la Resolución N° 35/2005, contra una asociación profesional de kinesiólogos por varios boicots, prácticas denigrantes y exclusivistas hacia una institución educativa de kinesiología.
55. Corte Suprema, 27 de septiembre de 2005, que confirma la Resolución N° 17/2005 –TDLC, 20 de mayo de 2005.
56. Resolución N° 24/2008 –TLDC, 31 de enero de 2008.
57. Sentencia N° 15/2005 –TLDC, 20 de abril 2005.
58. Sentencia N° 41/2006 –TLDC, 27 de julio de 2006.
59. Sentencia N° 56/2007 –TLDC, 27 de junio de 2007.
60. Resolución N° 1243/203 –*Comisión Resolutiva*, 28 de marzo de 2003.
61. C 156-08, 19 de marzo de 2008. La FNE presentó una demanda contra John C. Malone, controlador de VTR Banda Ancha SA, por adquirir control indirectamente de DirecTV Chile Ltda., una empresa de televisión por satélite. La Resolución N° 01/2004 –TDLC, de 25 de octubre de 2004, prohibió expresamente a los propietarios de VTR Banda Ancha SA participar, directa o indirectamente, en operaciones de televisión por satélite

en Chile. El demandado no cuenta con domicilio legal ni residencia en Chile; por lo tanto, la FNE está intentando aplicar la ley chilena de forma extraterritorial.

62. En la investigación relacionada con el caso del oxígeno condenado por el TDLC (Sentencia N° 43/2006 –TDLC 7 de septiembre de 2006, anulada por la Corte Suprema), la FNE solicitó información sobre un caso similar de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina.
63. Sentencia N° 23/2005 –TDLC, 19 de julio de 2005.
64. Sentencia N° 67/2008 –TDLC, 17 de junio de 2008, incluye varias prescripciones hacia una entidad gubernamental sin ánimo de lucro que ofrece servicios para la lucha contra incendios forestales con aeronaves.
65. *P.ej.* TDLC, 8 de mayo de 2008, Sentencia N° 65/2008, en la que manifestaba que “el ejercicio de poder de compra [entendido como poder de negociación asimétrico] solo podría tener efectos negativos sobre la competencia cuando ello incida, en forma no transitoria, en la oferta agregada de productos, sea mediante la reducción en las cantidades totales transadas, el aumento en los precios finales, o la reducción de las inversiones en innovación y desarrollo de nuevos productos”. (Cons. 104).
66. D.F.L. N° 4/20,208 de 2007, y Decreto N° 327 de 1988.
67. Resolución N° 389/1993 –Comisión Resolutiva, de 16 de abril de 1993.
68. Sentencia N° 77/2008 –TLDC, 4 de noviembre de 2008.
69. Sentencia N° 81/2009 –TDLC, 16 de enero de 2009.
70. DFL N° 1 de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos del Ministerio de Minería, en la actualidad figura en el D.F.L. N° 4/20.018, 2007.
71. Resolución N° 488/1997 – Comisión Resolutiva y Resolución N° 667/2002 – Comisión Resolutiva. La Resolución N° 488 no fue apelada y la Resolución N° 667 fue confirmada por la Corte Suprema.
72. Resolución N° 22/2007 –TDLC, de 19 de octubre de 2007.
73. La Comisión de Competencia estableció el mercado de la larga distancia mediante su Resolución N° 389/1989. Los argumentos defendidos en esta decisión apoyaron finalmente la emisión del Decreto Supremo N° 189 de Subtel (1994), concerniente al sistema de multitransporte de larga distancia.

Hoy en día, el sistema de multitransporte está regulado por la Ley de Telecomunicaciones (artículos 24 bis y 26).

74. Resolución N° 1/2004 –TDLC, 25 de octubre de 2004.
75. Sentencia N° 45/2006 –TDLC, 26 de octubre de 2006.
76. Instrucción General N° 1/2006 –TDLC, 8 de junio de 2006.
77. Expediente NC 246-08 –TDLC.
78. Res. Ex. N° 1498/2004 –SUBTEL; corregida por la Res. Ex. N° 486/2005 de 28 abril de 2005.
79. Relacionadas con esta cuestión: Resolución N° 10/2005 –TDLC, 11 de agosto de 2005, y antiguas decisiones N°1014 de la Comisión Preventiva Central.
80. Recientemente se ha dictado la decisión de este caso (Sent. N° 81/2009 TDLC).
81. Resolución N° 2/2005 –TDLC, 1 de abril de 2005.
82. Sentencia N° 45/2006 –TDLC, 26 de octubre de 2006.
83. Sentencia N° 18/2005 –TDLC, 10 de junio de 2005.
84. Sentencia N° 61/2007 –TDLC, 27 de diciembre de 2007.
85. Resolución N° 11/2006 –TDLC, 24 de enero de 2006.
86. Resolución N° 10/2005 –TDLC, 11 de agosto de 2005.
87. Resolución N° 22/2007 –TDLC, 19 de octubre de 2007.
88. Instrucción General N° 1/2006 –TDLC, 8 de junio de 2006.
89. Ver nota al pie 1.
90. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/43/60/34823239.pdf>.
91. Ver OCDE, *The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy* (2008), sobre los aspectos fuera del ámbito de la ley y la política de competencia.

## **Bibliografía**

De León, Ignacio (2000), “*The Role of Competition Policy in the Promotion of Competitiveness and Development in Latin America*”, *World Competition*, Vol. 23, N° 4, p. 115 (dic. 2000).

Fiscalía Nacional Económica (2008), Respuesta al Cuestionario de la OCDE sobre ley y política de competencia en Chile.

Galetovich, Alexander (2007), *Competition Policy in Chile*.

González, Aldo (2008), *Quality of Evidence and Cartel Prosecution. The case of Chile*, presentado en Daniel Sokol, *Antitrust in Latin America*.

Foro Latinoamericano de Competencia (2004), *Ley y Política de Competencia en Chile: Examen Inter-pares*. OCDE e IADB. París.