

# ANÁLISIS DE LA LEY N° 20.945, QUE PERFECCIONA EL SISTEMA DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPE- TENCIA

Gabriel Budnik Ojeda\*  
UNIVERSIDAD DE CHILE, CHILE  
budnikojeda@gmail.com

## RESUMEN

El presente trabajo busca analizar las principales modificaciones al Decreto Ley N° 211, introducidas por la Ley N° 20.945 de fecha 30 de agosto de 2016, que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia.

Palabras claves: *regla per se, régimen de control preventivo obligatorio para operaciones de concentración, indemnización de perjuicios, criminalización de la colusión.*

*Analysis of law No. 20,945, which improves the competition defense system*

## ABSTRACT

This paper seeks to analyze the main amendments to Decree Law No. 211, introduced by Law No. 20,945 dated August 30<sup>th</sup>, 2016, which improves the competition defense.

Keywords: *per se rule, mandatory pre merger control, compensation for damages, criminalization of collusion.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El pasado 30 de agosto de 2016 entró en vigencia la Ley N° 20.945, que perfecciona el sistema de defensa de la libre com-

---

\* Abogado de la Universidad de Chile.

petencia, modificando el Decreto Ley N° 211 de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 (“DL 211”). La referida modificación es el reflejo del compromiso permanente del Estado de Chile en cumplir con los más altos estándares en materia de defensa a la libre competencia, siguiendo una serie de recomendaciones realizadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”).

Ya en 2010, la OCDE revisó la aplicación de la ley y política de competencia en Chile, como parte del proceso de adhesión del país a dicha organización, destacándola como una “ley sorprendentemente simple y general aunque suficiente para apoyar una política y una aplicación efectiva”<sup>1</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, en dicha revisión la OCDE identificó ciertos aspectos del DL 211 que recomendó mejorar, destacando, entre otros: (i) la efectividad de la aplicación de acciones efectivas contra los carteles duros<sup>2</sup>; y (ii) el control de operaciones de concentración<sup>3</sup>.

Cuatro años más tarde, el 21 de julio de 2014, el Secretariado de la OCDE publicó un informe que evaluó el régimen de control para concentraciones en Chile existente a esa fecha. En dicho informe, el Secretariado de la OCDE propuso recomendaciones para mejorar el régimen existente y adecuarlo a los estándares OCDE y a las mejores prácticas internacionales.

---

<sup>1</sup> ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. *Derecho y Política de Competencia en Chile*, p. 53. En el mismo sentido, “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” (*Ibíd.*, p. 7).

<sup>2</sup> *Ibíd.*, pp. 56 y 57.

<sup>3</sup> *Ibíd.*, pp. 58 y 59.

les<sup>4</sup>. Entre otras, el Secretariado de la OCDE recomendó<sup>5</sup>: (i) establecer en el DL 211 un régimen de control de concentraciones; (ii) delimitar el ámbito de control de las operaciones de concentración mediante la definición de una operación de concentración, la selección de un nuevo mecanismo de notificación (obligatorio o híbrido) y la determinación de umbrales; y (iii) establecer un procedimiento de análisis de dos fases para este tipo de operaciones, de competencia de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) y/o del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”).

Finalmente, el 18 de marzo de 2015, la OCDE publicó un reporte de competencia y estudios de mercado en América Latina, analizando la situación de varios países Latinoamericanos, dentro de los cuales se encontraba Chile. En dicho informe, entre otras recomendaciones, la OCDE sugirió a Chile otorgar facultades explícitas a la FNE para realizar estudios de mercado y emitir recomendaciones normativas, pudiendo forzar al sector público y privado a presentar la información requerida para su realización e imponer sanciones en caso de incumplimiento en el desahogo de los requerimientos de información<sup>6</sup>.

Todos estos informes realizados por la OCDE, en conjunto con la reacción de la ciudadanía ante la mediatización de casos como Pollos y *Tissues*, las enseñanzas de otras jurisdicciones sólidas en materias de Libre Competencia y la necesidad de fomentar el desarrollo social y económico de Chile, fueron los motivos que tuvo a la vista el legislador para modificar el DL 211. Si bien aún prematura, es razonable adelantar que, de ser bien aplicada, esta última modificación otorgará mayor certeza en el funcionamiento del mercado y disuadirá de forma más efectiva aquellas conductas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o que tiendan a producir dichos efectos.

---

<sup>4</sup> ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. *Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones*, p. 3.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>6</sup> ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. *Competencia y Estudios de Mercados en América Latina*, pp. 9 y ss.

Según se analizará a continuación (*infra*, 3), tal vez la modificación más relevante de la Ley N° 20.945, es la incorporación del Título IV del DL 211, que establece un régimen obligatorio de notificación para aquellas operaciones de concentración que alcancen o superen los umbrales fijados por el Fiscal Nacional Económico. Con esto, la fiscalización y control del mercado por parte de las agencias chilenas de Libre Competencia mejora considerablemente, analizando constantemente y en función de información proporcionada por las partes notificantes, diversos mercados.

En lo que concierne al TDLC, la Ley N° 20.945 amplió sus potestades al delegarle el conocimiento de los recursos especiales de revisión respecto de operaciones de concentración rechazadas por la FNE y al consagrarlo como el tribunal competente para conocer de las demandas de indemnización de perjuicios. Ahora bien, y según se analizará más adelante, restringió su potestad de conocer de las operaciones de concentración.

El presente trabajo busca analizar las modificaciones al DL 211, con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.945. Para realizar lo anterior, se enfocará en materias que, a juicio del autor, son las más importante de dicha reforma, en concreto: la incorporación de una regla *per se* para carteles duros, el nuevo régimen de operaciones de concentración, la indemnización de perjuicio y la criminalización de la colusión<sup>7</sup>.

## 2. REGLA *PER SE*

La Ley N° 20.945 modificó la letra a) del artículo 3° del DL 211, de modo tal que para que el TDLC declare la ilegalidad de un cartel duro (*hardcore cartel*)<sup>8</sup>, baste la mera existencia de un

---

<sup>7</sup> Sin perjuicio de lo anterior, y para efectos de exhaustividad, debe tenerse presente que otras modificaciones relevantes para efectos del DL 211 fueron: la prohibición del *interlocking* directo, la regulación de las participaciones minoritarias, la incorporación de estudios de mercado y multas, entre otros.

<sup>8</sup> Los carteles duros son acuerdos colusorios entre competidores que suelen clasificarse en cuatro categorías: fijación de precios, restricción de producción, repartos de mercado, y manipulación de licitaciones. Este

acuerdo o práctica concertada que verse sobre variables esenciales de la competencia (i.e., fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación). Esto es lo que en el derecho comparado se denomina como la regla *per se* para carteles duros, figura similar a las denominadas restricciones por objeto en el derecho europeo<sup>9</sup>.

En tal sentido, la actual letra a) del artículo 3 del DL 211 prescribe lo siguiente:

“(...) Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) *Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores*”<sup>10</sup>.

Con esta modificación legal se deja de lado el análisis bajo la denominada regla de la razón<sup>11</sup>, que implica un razonamien-

---

tipo de acuerdos o prácticas concertadas “representan la violación más grave y perniciosa del derecho de competencia; perjudican a los consumidores aumentando los precios y limitando la oferta, y acarrear poder de mercado, despilfarro e ineficacia en países cuyos mercados serían competitivos si los carteles no existieran” (ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. *Hard Core Cartels Harm and Effective Sanctions*, p. 2).

<sup>9</sup> Las restricciones por objeto son aquellas que por naturaleza restringen potencial o efectivamente la competencia, sin necesidad de indagar en los efectos de la conducta. Para más información, ver WHISH, Richard y BAILEY, David. *Competition Law*, pp. 118-119.

<sup>10</sup> Énfasis del autor.

<sup>11</sup> Análisis que, por cierto, debe realizarse para analizar acuerdos o prácticas concertadas que busquen determinar condiciones de comercialización o excluir a competidores, según indica la parte final de la letra a) del artículo 3 del DL 211.

to extenso que requiere de un análisis profundo de múltiples y complejos elementos, “tales como participación de mercado, carácter principal o subordinado de una colusión monopólica, objetivos pretendidos por las partes, impacto de una convención en la libre competencia del respectivo mercado relevante, valoración de eficiencias versus efectos anticompetitivos, medios alternativos que preserven las eficiencias sin vulnerar el bien libre competencia, etc.”<sup>12-13</sup>.

La lógica detrás de prescindir del análisis de la regla de la razón es que los carteles duros constituyen “restricciones desnudas” (*naked restraints*)<sup>14</sup> o “acuerdos colusorios desnudos” que por su propia naturaleza producen exclusivamente efectos anti-competitivos.

Esta herramienta, incorporada hace ya varios años por otras jurisdicciones (v.gr., Estados Unidos, Europa, Canadá, Nueva Zelanda, Brasil, entre otras), fue ampliamente discutida tanto por la doctrina<sup>15</sup> como jurisprudencia nacional<sup>16</sup>, encontrando en la ley siempre una limitación para su aplicación.

El texto del artículo 3, letra a) del DL 211, según la redacción introducida por la Ley N° 19.911 de 2003<sup>17</sup>, indicaba que los acuerdos o prácticas concertadas entre competidores debían

---

<sup>12</sup> VALDÉS, Domingo. Tipicidad y Regla Per Se en las Colusiones Monopólicas Horizontales, p. 108.

<sup>13</sup> Para más información respecto de la diferencia entre la regla per se y la regla de la razón, ver: BUDNIK, Gabriel. *Regla Per Se y Colusión. Revisión crítica del derecho comparado y aplicación de la regla en el derecho chileno*.

<sup>14</sup> Son “desnudas”, ya que no tienen defensa alguna bajo la libre competencia y por lo tanto no están “vestidas” de argumentos pro-competitivos que justifiquen su existencia.

<sup>15</sup> VALDÉS, Domingo, *op. cit.* (n. 12), p. 111.

<sup>16</sup> C. Suprema. 07 septiembre 2011. VL: CL/436035978. Considerando octogésimo primero.

<sup>17</sup> “a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”.

abusar del poder de mercado conferido por dicha colusión<sup>18</sup>, generándose “una especie de figura intermedia, inexistente en el derecho comparado y carente de toda base: el ‘abuso colusorio’”<sup>19</sup>. En tal sentido, se buscaba un factor adicional al acuerdo anti-competitivo entre empresas rivales: que este acuerdo abusase de su posición dominante.

Consciente de lo anterior, el año 2009, la Ley N° 20.361 modificó el texto del artículo 3, letra a)<sup>20</sup>, pero, lamentablemente, dicha modificación no fue suficiente para incorporar la aplicación de la regla *per se* en Chile, pues aún se exigía probar poder de mercado para sancionar la colusión, lo cual, según se indicó precedentemente, recién vino a ser modificado por la Ley N° 20.945 de 2016.

Hoy por hoy, no existen dudas que en Chile se ha incorporado la regla *per se* para carteles duros. Ahora bien, lo que aún no queda del todo claro y, probablemente será despejado por la jurisprudencia del TDLC y de la Corte Suprema, son las posibles defensas que los requeridos podrán argumentar.

Analizando la ley en su tenor estricto, parece que la única posible defensa para un acusado será señalar: (i) que el acuerdo o práctica concertada no existió; o (ii) que el acuerdo o práctica concertada no trató sobre variables esenciales de competencia y, por tanto, debiese ser analizado bajo la regla de la razón.

Alternativamente, otra forma de interpretación legal es señalar que la ley regula una presunción de ilicitud que admite prueba en contrario. Bajo este escenario, el acusado de parti-

---

<sup>18</sup> TAPIA, Javier. Acuerdos Horizontales Restrictivos de la Competencia, p. 157.

<sup>19</sup> TAPIA, Javier. La Prohibición de Colusión en el Derecho Chileno y Comparado, Informe en Derecho acompañado en causa rol C- 177-2008, “Requerimiento de la FNE en contra de ACHAP A.G. y otros”, p. 36.

<sup>20</sup> “a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación”.

cipar en un cartel duro tendría la oportunidad de defenderse, teniendo la carga probatoria de su defensa.

Sea cual sea el camino que se adopte, la incorporación de una regla *per se* en Chile hace más efectiva la prevención, detección y sanción de carteles duros.

### 3. RÉGIMEN PARA OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

La incorporación de un régimen obligatorio de notificación de operaciones de concentración es, a juicio del autor, la modificación más relevante introducida por la Ley N° 20.945.

Antes existía un régimen semi-voluntario no regulado, que podía ser seguido: (i) ante la FNE, donde las partes buscaban obtener un informe de archivo que les entregara, al menos, la certeza que la FNE no consultaría la operación para ante el TDLC o, en caso de ser necesario, suscribir un acuerdo extrajudicial con la FNE para, luego, presentarlo a la aprobación del TDLC; o (ii) ante el TDLC en forma de consulta, ya sea de forma directa y voluntaria por las partes o cuando no se llegaba a un acuerdo con la FNE y ésta estimaba que existían riesgos anticompetitivos en la operación, o bien, si cualquier tercero con interés en la operación presentaba una consulta para ante el TDLC y, en razón de los efectos propios de la consulta, suspendía así el perfeccionamiento de la operación.

Con la reforma introducida por la Ley N° 20.945 se incorporó un título específico que regula las operaciones de concentración. Este nuevo Título IV incorporó todas las recomendaciones de la OCDE, igualando a Chile a los estándares internacionales más altos en este tipo de materia.

Conforme al actual DL 211, se deberá notificar previamente todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que la ley defina como operación de concentración y que cumpla con los umbrales individuales y conjuntos previamente fijados mediante resolución por el Fiscal Nacional Económico.

En este sentido, se incorporó en el artículo 47° la definición de una operación de concentración y las vías a través de las cuales dos agentes económicos independientes pueden llegar a

cesar su independencia en cualquier ámbito de sus actividades (i.e., fusión; adquisición de derechos que generen cambio en influencia decisiva en la administración de otro; asociación vía *joint ventures*; y adquisición de control sobre activos de otros).

Asimismo, se limitó la obligación de notificar sólo a aquellas operaciones que superen los umbrales fijados mediante resolución del Fiscal Nacional Económico. A esta fecha, la resolución vigente en esta materia es la Resolución Exenta N° 667, de fecha 1 de diciembre de 2016<sup>21</sup>.

En relación al procedimiento, los artículos 50° y siguientes del DL 211 establecen un procedimiento de análisis regulado, tanto en su forma como en plazos, consistente de dos fases. La primera de ellas privada y la segunda pública, ambas de competencia de la FNE.

De no aprobarse la operación, las partes notificantes podrán recurrir ante el TDLC, mediante la interposición de un recurso especial de revisión. Finalmente, sólo en el evento en que el TDLC decida aprobar la operación, pero sujeto a medidas distintas a las ofrecidas ante la FNE, las partes notificantes podrán interponer un recurso de reclamación para ante la Corte Suprema.

Desde el 1 de junio de 2017, fecha en que entró en vigencia el nuevo régimen de operaciones de concentración, al 15 de enero de 2018, la FNE ha iniciado más de 25 investigaciones por operaciones de concentración, de las cuales: (i) ha aprobado pura y simplemente 16 operaciones; (ii) ha aprobado 5 operaciones sujetas a medidas conductuales o estructurales; (iii)

---

<sup>21</sup> La referida resolución fija los siguientes umbrales, copulativos, para las letras a) y b) del artículo 48 del DL 211:

“a) Que la suma de las ventas en Chile de los agentes económicos que proyectan concentrarse haya alcanzado, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación, montos iguales o superiores a 1.800.000 (un millón ochocientos mil unidades de fomento); y

b) Que en Chile, por separado, al menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse hayan generado ventas, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación, por montos iguales o superiores a UF 290.000 (doscientas noventa mil unidades de fomento)”.

ha extendido a fase 2 dos operaciones; y (iv) no ha rechazado ninguna notificación.

#### 4. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Según consta en la Historia de la Ley N° 20.945<sup>22</sup>, la modificación del artículo 30° del DL 211<sup>23</sup>, que regula la indemnización de perjuicios, se justifica, entre otras cosas, por economía procesal, otorgando al TDLC la competencia para conocer tanto de las acciones de indemnización de perjuicio privadas como colectivas<sup>24</sup>.

El actual artículo 30° del DL 211 mantiene el carácter *follow-on* de la acción indemnizatoria, esto es, mantiene la dependencia de la existencia de una sentencia definitiva ejecutoriada por parte del TDLC o la Corte Suprema. Corolario de lo ante-

---

<sup>22</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N° 20.945, que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia, p. 89.

<sup>23</sup> El art. 30° versa: “La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante ese mismo Tribunal y se tramitará de acuerdo con el procedimiento sumario establecido en el Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil. Las resoluciones pronunciadas en este procedimiento, salvo la sentencia definitiva, sólo serán susceptibles del recurso de reposición, al que podrá darse tramitación incidental o ser resuelto de plano. Sólo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva.

Al resolver sobre la acción de indemnización de perjuicios, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fundará su fallo en los hechos establecidos en su sentencia que sirvan de antecedente a la demanda. El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

La indemnización de perjuicios comprenderá todos los daños causados durante el período en que se haya extendido la infracción.

La acción de indemnización de perjuicios derivados de los acuerdos sancionados en el Título V de la presente ley se sustanciará conforme a lo establecido en este artículo, y respecto de ellos no podrán interponerse acciones civiles en el procedimiento penal”.

<sup>24</sup> Al respecto, se modificó el artículo 51° la Ley N° 19.946, reconociendo expresamente posibilidad de iniciar juicios colectivos de indemnización de perjuicios por infracciones a la libre competencia.

rior es que la acción de indemnización de perjuicios, en sede de libre competencia, no puede interponerse como una acción *stand-alone*.

Otras similitudes que mantiene con el antiguo régimen indemnizatorio previo a la última modificación legal es que el juicio indemnizatorio se tramitará en conformidad al procedimiento sumario establecido en el Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil. En relación a los recursos, a diferencia del antiguo precepto legal, el actual artículo 30° del DL 211 señala que las resoluciones de este procedimiento sólo serán susceptibles de recurso de reposición, con la sola excepción de la sentencia definitiva, la cual, será susceptible de recurso de reclamación para ante la Corte Suprema.

Menos claro resulta si es que se mantiene la obligación por parte del TDLC de fundamentar su fallo basándose en los hechos, conducta y calificación jurídica establecidos en la sentencia condenatoria previa. Dado que la Historia de la Ley N° 20.945 nada señala al respecto, por mera lógica, es razonable intuir que el legislador no tuvo la intención de limitar este aspecto, manteniendo lo establecido en el antiguo precepto legal.

Por último, en cuanto a los daños y a la prescripción, nada cambia con las modificaciones de la Ley N° 20.945. En tal sentido, se consideran indemnizables todos los daños (i.e., daño emergente, lucro cesante y daño moral) y, según prescribe el artículo 20° del DL 211, las acciones indemnizatorias motivadas por un atentado a la libre competencia prescriben en el plazo de cuatro años contados desde que la sentencia definitiva se encuentre firme y ejecutoriada.

Otra diferencia a tener en consideración es que la nueva redacción del artículo 30° hace referencia explícita a la forma en que se apreciará la prueba (i.e., conforme a la sana crítica), distanciándose de la regla general que aplicaba a la antigua redacción de este artículo<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> “Artículo 30°. La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar, con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante el tribunal civil competente de conformidad a las reglas generales,

Por último, y si bien ya existían precedentes que permitían a asociaciones de consumidores demandar en sede civil por ilícitos anticompetitivos, la Ley N° 20.945 modificó el artículo 51° de la Ley N° 19.946, estableciendo de forma expresa la legitimación activa por parte del Servicio Nacional del Consumidor y asociaciones de consumidores para ejercer acciones colectivas demandando la indemnización de perjuicios.

Si bien, a la fecha aún existen dudas en torno a la efectividad de este cambio legal, en particular en torno a: (i) la posibilidad que más de un tribunal sea competente; (ii) el nivel de certidumbre requerido; (iii) la posibilidad de aceptar la defensa *passing-on*; y (iv) la legitimación activa de los clientes indirectos, entre otras, se puede apreciar un claro esfuerzo por parte del legislador en regular un tema que, hasta el momento, ha conocido de muy pocos casos en nuestros tribunales.

## 5. CRIMINALIZACIÓN DE LA COLUSIÓN

Otra de las novedades introducidas por la Ley N° 20.945 es la incorporación del nuevo título V, relativo a las sanciones penales y, en particular, la referencia a la criminalización de la colusión.

Al respecto, es relevante tomar en consideración que su tipificación como delito es completamente armónica con la aplicación de la regla *per se*. Dicha armonía se da porque ni el tipo penal del artículo 62° del Decreto Ley N° 211 ni el tipo infraccional del artículo 3° letra a) del DL 211, requieren acreditar la existencia de poder de mercado.

A diferencia del tipo infraccional regulado en el artículo 3°, letra a) del DL 211, el tipo penal del artículo 62° del DL 211

---

y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario, establecido en el Libro III del Título XI del Código de Procedimiento Civil.

El tribunal civil competente, al resolver sobre la indemnización de perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dictada con motivo de la aplicación de la presente ley”.

condena a los acuerdos entre competidores y no así a las prácticas concertadas. Lo anterior, toda vez que, dado que el estándar probatorio en materia penal es el estándar más allá de toda duda razonable, el juez penal nunca sería capaz de acreditar el tipo con base en una colusión que tuvo como antecedente una práctica concertada<sup>26</sup>.

A continuación, el tipo penal del referido artículo 62° declara como condenables, sólo aquellos acuerdos que versen sobre algunas variables esenciales de competencia (i.e., sólo respecto de los carteles duros). Ahora bien, también se distancia del tipo infraccional en materia de licitaciones, ya que en vez de condenar licitaciones públicas o privadas (como se regula en el artículo 3°, letra a) del DL 211), el tipo penal señala como ilícitos aquellos carteles duros que persigan “afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos”. Lo anterior, en opinión del autor, puede explicarse, por criterio de proporcionalidad con la sanción impuesta, toda vez que el reproche que merece afectar licitaciones, en donde está comprometido el interés público, es mucho mayor que aquél que merece afectar aquellas licitaciones que pueden comprometer el interés privado.

Junto con la decisión de criminalizar la colusión, uno de los temas más controvertidos durante la Historia de la Ley N° 20.945 fue la anomalía que se generaba al otorgar el monopolio de la acción penal pública al Fiscal Nacional Económico. Tras un arduo debate, tanto en el primer como en el segundo trámite constitucional del proyecto de ley, se llegó al consenso que, dada la *expertise* técnica de la FNE para determinar qué delitos son aquellos más graves y atentatorios contra la libre competencia y, por tanto, los que deben ser perseguidos penalmente, es que éste era el órgano más adecuado para ejercer la acción penal pública<sup>27</sup>.

En relación a la pena, si bien aún no ha llegado a sede constitucional, tal vez uno de los problemas fundamentales de la

---

<sup>26</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *op. cit.* (n. 22), p. 6.

<sup>27</sup> *Ibid*, p. 845.

actual redacción del tipo penal es su sanción, ya que la determinación de la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo no se hará conforme a las reglas generales en materia penal<sup>28</sup>. Especialmente en relación con lo establecido en el inciso final del artículo 62°, esto es, que la ejecución de la respectiva pena sustitutiva, a que pueda ser objeto la pena impuesta, quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere sancionado. Tal como está, el actual artículo 62° es inconstitucional por las mismas razones que se han dado para declarar inconstitucional la sanción de la Ley N° 18.290 (artículos 195, 195 bis y 196 ter)<sup>29</sup>.

Sin lugar a dudas, existe expectativa en torno a cómo se procederá con el primer caso respecto del cual el Fiscal Nacional Económico decida ejercer la acción penal pública. La correcta sensibilidad en este punto será clave para determinar si es que, efectivamente, la incorporación del tipo penal será una real disuasión o letra muerta en la legislación chilena.

## 6. OTRAS MODIFICACIONES A TENER EN CONSIDERACIÓN

Sin perjuicio de que las modificaciones comentadas en las secciones precedentes fueron las más relevantes, la Ley N° 20.945 introdujo otros cambios al DL 211 que a continuación se revisarán escuetamente.

En primer lugar, se incorpora una prohibición explícita del *interlocking* horizontal directo, como uno de los ejemplos de hechos, actos o contratos que impiden, restringen o entorpecen

---

<sup>28</sup> Adicionalmente, debe considerarse que otra sanción es la inhabilidad para ser director o gerente de una sociedad anónima abierta o sujeta a normas especiales; de asociaciones gremiales; o de empresas del Estado o en que éste tenga participación.

<sup>29</sup> Rol N° 2983-16, de fecha 13 de diciembre de 2016. Al respecto, el Tribunal Constitucional tuvo en consideración la desproporcionalidad entre la medida y la infracción. Al efecto, el tribunal ponderó los siguientes principios: legalidad, resocialización, humanización y proporcionalidad.

la libre competencia, o que tiende a producir dichos efectos. El actual artículo 3°, en su letra d) prohíbe el *interlocking* horizontal directo, esto es, “cuando una misma persona se sienta en el Directorio de dos o más compañías [competidoras]”<sup>30</sup>, en la medida que se cumplan ciertos umbrales y requisitos adicionales. Si bien, previo a la modificación del año 2016, el *interlocking* –tanto directo como indirecto– podía perfectamente ser sancionado vía inciso primero del artículo 3°, la tipificación del *interlocking* horizontal directo como conducta anti-competitiva, busca otorgar mayor certeza a los agentes económicos.

A diferencia de los ejemplos del artículo 3° del DL 211, el legislador también decidió regular las participaciones minoritarias en el artículo 4° bis del DL 211, estableciendo la obligación de informar a la FNE, siempre que se superen los umbrales y se cumplan los requisitos establecidos por ley, la existencia de una participación minoritaria. Al igual que en el caso del *interlocking*, previo a la reforma legal, las participaciones minoritarias podían ser sancionadas por aplicación del tipo general establecido en el artículo 3° del DL 211.

Otras de las modificaciones a tener en consideración es la incorporación de sanciones nuevas y más gravosas, los cuales fomentan la disuasión<sup>31</sup> a incursionar en ilícito anti-competitivo. En tal sentido, la Ley N° 20.945 modificó el artículo 26° del DL 211 e incorporó mayores y nuevas multas a beneficio

---

<sup>30</sup> Traducción libre de: “An interlocking directorate occurs when the same person sits on the board of directors of two or more companies. There is a danger that an interlock between competing firms (direct interlocks) may be used to coordinate behaviour and reduce inter-firm rivalry” (ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. *Glossary of Statistical Terms*).

<sup>31</sup> A final de cuentas, lo importante es que en el análisis costo-beneficio de cada agente económico, la disuasión sea tal que éste concluya que realizar el ilícito es muy riesgoso.

fiscal<sup>32-33</sup>; prohibición de contratar con el Estado o relacionados con el mismo, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado por un máximo de 5 años; y la ya comentada criminalización de carteles duros.

Otra modificación introducida por la Ley N° 20.945 son las nuevas atribuciones de la FNE. En tal sentido, además de las facultades comentadas en la sección precedente (i.e., fijar umbrales de operaciones de concentración e interponer la acción penal pública para aquellos carteles duros más graves), el actual artículo 39 del DL 211, entre otros, faculta a la FNE para: (i) incorporar, modificar o derogar preceptos legales o reglamentarios; y (ii) realizar estudios de mercados.

Asimismo, en cuanto a la delación compensada, con ocasión de la incorporación de la criminalización de la colusión, la Ley N° 20.945 introdujo la exención de responsabilidad penal para los primeros delatores y una rebaja de pena y/o el acceso a penas sustitutivas sin necesidad de cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad mínima de un año, a quienes aporten antecedentes con posterioridad<sup>34</sup>.

Finalmente, la Ley N° 20.945 también modificó el artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales, incorporando un nuevo

---

<sup>32</sup> 30% de las ventas correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción; o el doble de beneficio económico obtenido por la infracción. En el evento de no poder determinarse ni las ventas ni el beneficio económico, el TDLC podrá interponer una multa de hasta 60.000 UTA. Asimismo, en caso de infringir el deber de notificar una operación de concentración, el TDLC podrá imponer una multa de hasta 20 UTA por día de retraso.

<sup>33</sup> Otra particularidad introducida por la Ley N° 20.945 es que incluye los criterios para determinar la multa. En tal sentido, se incorporó en el artículo 26° el siguiente inciso: “Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese; la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, la capacidad económica del infractor y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación”.

<sup>34</sup> En tal sentido, ver actual redacción de artículo 39 bis del DL 211.

numeral 11), relativo a la extraterritorialidad de la ley penal. Al respecto, dicho precepto indica que el tipo penal del artículo 62 del DL 211 (i.e., tipo colusivo penal) quedará sometido a la jurisdicción chilena, aunque éste haya sido perpetrado fuera de Chile.

### CONCLUSIONES

La Ley N° 20.945 modificó e incorporó aspectos sustantivos del DL 211, equiparando a Chile a los estándares OCDE, propios de los países más robustos en temas de competencia.

Criticable o no, el legislador ya se ha pronunciado y la reforma es una ley de la República, siendo ahora el momento de ver de qué forma la FNE, el TDLC y la Corte Suprema aplicarán e interpretarán la ley. Lo anterior es de absoluta relevancia, toda vez que la apreciación de una norma de conducta, como son aquellas analizadas en el presente trabajo, dependerá, en buena medida, de la efectividad de las sanciones asociadas a las mismas.

En tal sentido, la correcta disuasión de los ilícitos anti-competitivos, en particular de la colusión, así como el cumplimiento y respeto hacia las normas contenidas en el DL 211, dependerán, en gran medida, de la forma en que la jurisprudencia se pronuncie en torno a las mismas.

### BIBLIOGRAFÍA

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley N° 20.945, que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia* [en línea]. 2016 [citado el 3 de septiembre de 2017]. Disponible en World Wide Web: 2016. Disponible en: <<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5311/>>.
- BUDNIK, Gabriel. *Regla Per Se y Colusión. Revisión crítica del derecho comparado y aplicación de la regla en el derecho chileno*. Memoria de grado (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Prof. Guía: Jorge Grunberg Pilowsky. Santiago: Universidad de Chile, 2017.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. *Competencia y Estudios de Mercados en América Latina* [en línea].

- 2015 [citado el 10 de enero de 2018]. Disponible en World Wide Web: <<http://www.oecd.org/daf/competition/competencia-y-estudios-de-mercado-en-america-latina%202015.pdf>>.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. *Derecho y Política de Competencia en Chile* [en línea]. 2010 [citado el 10 de enero de 2018]. Disponible en World Wide Web: <<https://www.oecd.org/daf/47951548.pdf>>.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. *Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones* [en línea]. 2014 [citado el 10 de enero de 2018]. Disponible en World Wide Web: <[http://www.oecd.org/daf/competition/Chile%20merger%20control\\_ESP\\_nov14.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/Chile%20merger%20control_ESP_nov14.pdf)>.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. *Glossary of Statistical Terms* [en línea]. 2002 [citado el 10 de enero de 2018]. Disponible en World Wide Web: <<http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3238>>.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. *Hard Core Cartels Harm and Effective Sanctions* [en línea]. 2002 [citado el 23 de diciembre de 2017]. Disponible en World Wide Web: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/1935141.pdf>>.
- TAPIA, Javier. Acuerdos Horizontales Restrictivos de la Competencia. En: NEHME, Nicole y MONTT, Paulo. *Libre Competencia y Retail. Un Análisis Crítico*. Santiago: Abeledo Perrot, 2010, pp. 117-174.
- TAPIA, Javier. La Prohibición de Colusión en el Derecho Chileno y Comparado, Informe en Derecho acompañado en causa rol C-177-2008, “Requerimiento de la FNE en contra de ACHAP A.G. y otros”.
- VALDÉS, Domingo. Tipicidad y Regla Per Se en las Colusiones Monopólicas Horizontales. *Revista Anales Derecho UC*, 2008, n°4, pp. 81-123.
- WHISH, Richard y BAILEY, David. *Competition Law*. 7<sup>th</sup> edition. Nueva York: Oxford University Press, 2017.

### *Jurisprudencia citada*

C. Suprema. 07 septiembre 2011. VL: CL/436035978.