



Parte 2

Regulación y Medio Ambiente



Capítulo 6

Desafíos para la Institucionalidad Antimonopolios en Chile*

Ricardo Paredes M.

Ingeniero Comercial, Universidad de Chile.
M.A. y Ph.D. en Economía, Universidad de California, Los Angeles.
Decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas,
Universidad de Chile.

Email: rparedes@econ.facea.uchile.cl

* Parte de los fundamentos de este trabajo y un diagnóstico más completo del funcionamiento de las instituciones antimonopolios, se encuentran en Paredes (1995 y 1997) y en Paredes, Sánchez, Sanhueza, y Yáñez y Letelier (1998). Los comentarios y sugerencias de Edgardo Barandiarán, Harald Beyer, Fernando Coloma, Gonzalo Edwards, Arturo Fontaine T., Francisco Rosende, José Miguel Sánchez, Claudio Sapelli, Rodrigo Vergara y los de los participantes del Seminario del Instituto de Economía y de la Escuela de Administración de la Pontificia Universidad Católica de Chile, fueron de gran utilidad.

I. INTRODUCCIÓN

Entre las instituciones básicas que se asocian al conjunto de reformas que tuvo lugar en Chile desde mediados de los años 70, destacan aquellas que surgen de la legislación antimonopolios. Su creación no sólo tuvo importancia para definir la estrategia de desarrollo regulatorio, sino que también hizo viable otras reformas estructurales, al permitir abordar críticas a la apertura económica hacia el exterior y a la desregulación de precios, que particularmente señalaban que los precios aumentarían por los poderes monopólicos existentes. Las instituciones antimonopolio contendrían estos eventuales abusos.

El objetivo de este trabajo es analizar los desafíos que presenta la legislación antimonopolios en Chile después de casi treinta años de aplicación. Para ello, el trabajo se divide en cuatro secciones. La segunda sección describe el origen y fundamentos de la legislación antimonopolios en Chile y las instituciones que comprende. La tercera sección, a partir de la evidencia sobre la aplicación práctica de esta legislación, plantea los desafíos que enfrenta la institucionalidad antimonopolios en Chile, los que, no obstante, son también los desafíos que tienen hoy la mayoría de los países latinoamericanos y que por cierto, no poseen la experiencia que sí ha tenido Chile. En esta tercera sección también se plantean propuestas concretas. La cuarta sección desarrolla las conclusiones.

II. LA LEY EN CHILE: FUNDAMENTOS Y EVOLUCIÓN

II.1 Orígenes y Fundamentos de la Legislación Chilena

Hasta los años treinta, la aplicación de políticas conservadoras en lo económico, simultáneamente con una gran apertura de la economía, hizo que no se le diera importancia a la posible acción “anticompetitiva” de las empresas dentro del territorio nacional, pues se pensaba que su eventual poder monopólico sería neutralizado por la competencia externa. Aunque posteriormente, y a raíz de la gran depresión de esa década el marco económico e institucional del país cambió y el Estado tomó no sólo un rol de productor, sino que también pasó a controlar la mayor parte de los sectores de la economía, tampoco se percibió la necesidad de contar con una legislación antimonopolios. En este caso, se pensaba que el Estado como productor sería un natural regulador de sus empresas.

Fue a comienzos de los años cincuenta, con la aceleración de la inflación, cuando el consejo de diversas misiones internacionales y en par-

ticular, el de la Misión Klein-Saks, procuró atacar el problema que generaban los precios administrados. Para sustituir los controles de precios, la misión recomendó una política de precios libres, los que no deberían alcanzar niveles monopólicos, pues para ello estaría la regulación antimonopolios y eventualmente, la posibilidad de manejar aranceles aduaneros.

Aunque las medidas propuestas por la Misión Klein-Saks en relación con las políticas antimonopolio no fueron tomadas, sus fundamentos permanecieron en el tiempo, reavivándose con la elección del Presidente Jorge Alessandri en 1958. Por ello, los orígenes de la Ley Antimonopolios en Chile se remontan al año 1959 (Ley 13.305), estatuto que fue básicamente tomado de la Ley Antimonopolios de los Estados Unidos (*Sherman Act*).

El número de casos tratados bajo la Ley Antimonopolios de 1959, desde su inicio hasta 1972, fue 121, aunque la mayor parte de ellos ocurrió en los dos primeros años. En 1963 no se conoció virtualmente ni un nuevo caso y desde 1965 hasta 1972 se conocieron sólo siete casos de menor significación. La caída en la actividad de las instituciones antimonopolio en esos años obedeció a que no hubo una verdadera reorientación del esquema económico hacia una mayor competencia. En efecto, no sólo hubo ciertos problemas de diseño en esa ley original, sino que en lo fundamental, existieron serios problemas de consistencia entre la legislación antimonopolios y otras leyes y normas. Así, por ejemplo, el mecanismo de control de precios quedó inalterado, haciendo que ante cualquier sospecha de abuso monopólico, se recurriera a este mecanismo antes que al análisis de las causas y eventuales soluciones que suelen tomar las comisiones antimonopolio. Por su parte, en el diseño original de la ley no quedó un rol claro para los comisionados (o jueces). Ellos, que decidían cómo debían resolverse los casos, estaban constituidos en una comisión tripartita, integrada por un representante de la principal organización empresarial, uno de los consumidores y uno del gobierno¹.

Por otra parte, el problema más severo del diseño existente era que a través del proceso administrativo se podían revertir o invalidar las decisiones de la comisión antimonopolios. Del ejemplo de Chile hasta 1973, año hasta el que estuvo vigente la ley y también de otras experiencias en Latinoamérica, notablemente la de Argentina y de Venezuela más recientemente, es evidente que la falta de autonomía y capacidad de las instituciones anti-

¹ Este tipo de comisiones tiene menos sentido que en otros. En problemas de prácticas monopólicas ni los objetivos de las empresas ni los de los consumidores suelen estar alineados.

monopolio es un aspecto fundamental para explicar su mal funcionamiento y su escasa credibilidad en la mayoría de los casos en Latinoamérica.

Este diagnóstico y la voluntad de realizar una desregulación coherente que impulsara la iniciativa del sector privado en la economía, hizo que se reformulara la Ley Antimonopolios, lo que contempló entregar a estas instituciones importante autonomía del gobierno. La autonomía del Poder Legislativo, pero particularmente la del Poder Ejecutivo es importante, porque las decisiones de los organismos antimonopolios afectan directamente a empresas de gobierno, o indirectamente a las políticas sectoriales. Así, el objetivo específico de los organismos gubernamentales puede ser francamente contradictorio con los objetivos de una legislación antimonopolios, particularmente en lo que dice relación con la promoción de la actividad privada. También, el diagnóstico de que los organismos antimonopolio estarían particularmente afectos a *lobbies* de sectores de actividad, de ministerios sectoriales y de legisladores, recomendaba contrarrestar el peligro de una influencia desmedida a través de autonomía efectiva².

II.2 Aspectos Generales de la legislación vigente

Con el nuevo régimen político, a partir del año 1973, la orientación económica dio un vuelco, y entre los cuerpos legales que se consideraron centrales se incluía una nueva Ley Antimonopolios (DL 211). Este cuerpo legal, como se señaló, tuvo como propósito compatibilizar el proceso de desregulación con las críticas que surgían a raíz de lo que se consideraba dejaría en la indefensión a los consumidores.

No obstante, la nueva ley, como sus antecesoras, siguió muy cercanamente a la Scherman Act, de la legislación norteamericana cuya esencia es poco explícita en una serie de elementos generales, como el propósito perseguido con ella y extremadamente explícita en otros, como la definición de conductas que son declaradas ilegales. Así, en el caso de la ley chilena el Título I, que contempla las disposiciones generales, es también vago, pues sólo señala que son ilegales las conductas contrarias a la competencia, sin entrar en una definición concreta de lo que se entiende por daño a la libre competencia. Por otra parte, el Título II señala un número de conductas que atentarían contra la libre competencia, pero no queda claro si se

² De hecho, una proporción importante de los casos tratados por las Comisiones Antimonopolios desde 1973 declaró contrarios a la libre competencia un conjunto de decretos administrativos que favorecían a privados o a empresas del Estado.

trata de conductas que el legislador consideró que siempre atentarían en contra de la libre competencia, o lo harían sólo de darse otras condiciones.

Estas “inexactitudes”, tienen que ver con la búsqueda de dos objetivos a la vez, los que suelen ser difíciles de compatibilizar. Por una parte, el hecho que la ley fuera taxativa en señalar conductas anticompetitivas se entiende como parte del objetivo de entregar certeza jurídica. Ello, sin embargo, se contrapone con la flexibilidad necesaria que se requiere en estos casos y por cierto, con la misma lista de conductas “tipificadas”. De hecho, aunque inicialmente algunos fallos de las comisiones sugieren que parte de las conductas listadas en el Título II como tipificación de conductas sancionables, ello no tiene sentido. En efecto, tal lista incluye conductas que no admiten discusión sobre su legalidad. Así, el listado menciona “entre otras, los [actos] referidos al transporte, conductas referidas a la producción, ... como la distribución exclusiva, etc.”.

Así, la forma que tomó la ley y la interpretación que se le dio en un principio refleja la disyuntiva entre la búsqueda de flexibilidad, que se puede proveer en cualquier legislación a través del concepto de “regla de la razón”, es decir, un criterio que considera el contexto en el que se desarrolla la situación, y otro concepto o bien jurídico, cual es la certeza, y que se obtendría por la vía de tipificar conductas declarándolas “ilegales *per se*”, es decir, un criterio en el que basta demostrar que la práctica existió para que ella sea declarada ilegal (sin importar el contexto).

Hay elementos que hacen del caso de la mayoría de los países de menor desarrollo y de Chile en particular, algo muy diferente al de los Estados Unidos y Europa, donde hay más tradición antimonopolios y que plantean contradicciones que son fáciles de resolver. Esto es, en lo básico, el sistema jurídico chileno está basado en el derecho napoleónico, lo que da poco espacio para la interpretación y para un rol activo de la jurisprudencia. Sin embargo, la virtud de criterios flexibles y consideraciones toman en cuenta las condiciones cambiantes de los mercados en temas antimonopolios son cruciales. Así, mientras la tradición del sistema jurídico chileno tiende a definir expresamente y en forma taxativa las situaciones y conductas que son ilegales (tipificación), la flexibilidad que requiere la aplicación de la legislación antimonopolios relaciona conceptos difícilmente conciliables.

El tiempo, al menos en parte, ha tendido a resolver esta contradicción en Chile. Desde una interpretación literal de ilegalidad *per se* en un principio para algunas conductas, incluyendo fijación de precios de reventa y distribución exclusiva, desde fines de los 80 y comienzos de los 90 la interpretación de la ley se hizo consistente con una aplicación *casi* irrestricta de la “regla de la razón” y la interpretación de conductas ilegales per

se quedó prácticamente erradicada. Esto es, progresivamente han ido siendo las comisiones antimonopolios las que, en función de los méritos de cada caso, determinan si una conducta es o no ilegal. Como justificamos más adelante, explicitar qué persigue la ley y, por ende, cuáles son los méritos y deméritos de las conductas, constituye uno de los principales desafíos que existen en el caso chileno y para nuestro conocimiento, el desafío de todas las legislaciones en la mayoría de los países que la han incorporado en los últimos veinte años. Con ello, se avanza en permitir contextualizar conductas y, por otra, entregar mayor certeza jurídica.

Una segunda característica perseguida y conseguida en forma imperfecta por el legislador, que sigue también los principios de la normativa norteamericana, fue lograr independencia de los miembros de las comisiones (“tribunales”) de los poderes Ejecutivo y Legislativo y lograr cierta autonomía de la Fiscalía. Sobre el éxito de la consecución de tal autonomía hay dudas y propuestas que desarrollamos en la tercera sección.

II.3 Las Instituciones Antimonopolio

Para el efecto de prevenir, corregir, investigar y reprimir los atentados contra la libre competencia, la ley creó tres instituciones antimonopolio: la Fiscalía Nacional Económica, las Comisiones Preventivas (Regionales y Central) y la Comisión Resolutiva.

a) La Fiscalía Nacional Económica

La Fiscalía Nacional Económica se definió como un organismo independiente de todo organismo o servicio con presupuesto propio y que se relaciona con el Ejecutivo a través del Ministerio de Economía. La Fiscalía quedó bajo la jefatura del Fiscal Nacional, quien es de libre designación y remoción por parte del Presidente de la República. El Fiscal, a su vez, designa a los fiscales regionales³.

Entre las atribuciones de la Fiscalía se cuenta poder solicitar a cualquier Servicio Público la comisión de servicios de sus funcionarios por el tiempo que cualquier investigación lo requiera. La Fiscalía debe elaborar informes, investigar y proponer dictámenes y resoluciones. También puede

³ En sus inicios, el Fiscal era nombrado por el Presidente de la República, pero sólo podía ser removido y sancionado por la Contraloría General de la República, previo sumario instruido por ésta. Ello se modificó hacia principios de los años 80, con el cambio de normativa que se aplicó a todas las instituciones supervisoras.

actuar como parte representando el interés general ante la Comisión Resolutiva y Tribunales de Justicia y ante la Corte Suprema, puede defender los fallos de la Comisión Resolutiva o impugnarlos. Por su parte, el Fiscal debe velar por el fiel cumplimiento de los fallos, para lo cual puede exigir de cualquier oficina y servicio público que pongan a su disposición los antecedentes que estime necesarios para las investigaciones⁴.

b) Las Instancias de Decisión: Las Comisiones Preventiva y Resolutiva

Las instancias donde radica el análisis y resolución de los temas son las comisiones, pero eventualmente también se puede recurrir, como último recurso, a la Corte Suprema. Existen dos comisiones principales, la Comisión Preventiva Central y la Comisión Resolutiva, además de las Comisiones Regionales, las que no obstante, no han tenido mayor relevancia⁵.

La Comisión Preventiva es una instancia administrativa, que no puede imponer sanciones ni modificar contratos, lo que sí puede realizar la Comisión Resolutiva. Sin embargo, hay un medio, algo intrincado, por el cual la Comisión Preventiva adquiere relevancia. Este es, que puede solicitar al Fiscal que requiera ante la Comisión Resolutiva la imposición de sanciones y modificación de contratos, para lo cual elabora dictámenes en los que fundamenta sus decisiones⁶. La Corte Suprema es la instancia final, a la que si bien han llegado casos, la casi totalidad de las sentencias dictadas en la Comisión Resolutiva han sido confirmadas en esta otra instancia. Lo anterior no es extraño, dada la mayor especialización de la Comisión Resolutiva⁷.

Los miembros de las comisiones no reciben remuneración por su cargo. Respecto de la designación, el legislador procuró un equilibrio entre la independencia del Poder Ejecutivo y cierto contacto con él. Dos de los cinco miembros de cada comisión son designados directa o indirectamente por ministros de Estado. Los otros miembros son representantes de

⁴ Las personas que entorpezcan las investigaciones pueden ser apremiadas hasta por quince días de arresto y si prosiguiesen con penas de presidio menor.

⁵ Para el objetivo con que fueron concebidas, atacar fundamentalmente el problema de la descentralización del país y no los problemas de competencia, como por la falta de recursos, especialmente humanos, las comisiones regionales no han aportado algo que sea significativo o sustituible por las comisiones centrales.

⁶ También la Comisión Preventiva, particularmente en sus inicios, tuvo un rol importante en evacuar consultas.

⁷ No obstante que prácticamente no ha habido casos que desde el punto de vista jurídico hayan sido revertidos por la Corte Suprema, no es raro que lleguen casos a ella, toda vez que la demora en aplicar las resoluciones que implica esta instancia es a menudo buscada por las partes. Para un análisis de este punto, véase Bork (1978).

universidades, del Poder Judicial y de los “consumidores” (Cuadro 1). Todos los miembros titulares tienen suplentes, designados de igual forma, y tienen un período de permanencia de dos años en sus cargos. Las decisiones se adoptan por mayoría simple y en caso de empate (el *quórum* mínimo es de tres), decide el presidente de la Comisión.

CUADRO 1 ATRIBUCIONES Y CONFORMACIÓN DE LOS ORGANISMOS ANTIMONOPOLIO

	Comisión Preventiva	Comisión Resolutiva	Fiscalía
Atribuciones Exigir	Investigación de actos anticompetitivos.	Modificar contratos y sociedades.	Instruir Investigaciones. Representar interés general.
	Solicitar a Comisión Resolutiva imposición de sanciones y suspensión de convenios.	Declarar inhabilidad temporal para ejercer cargos.	Velar por cumplimiento de fallos. Solicitar colaboración de servicios públicos.
		Aplicar multas.	Exigir antecedentes. Pedir Comisiones de Servicio
		Ordenar ejercicio de acción penal. Dictar Instrucciones generales.	Ordenar arrestos de quienes entorpezcan investigación.
		Fijar precios máximos por período limitado.	Ejercitar acción penal. Prestar asistencia jurídica.
Designación	Representante Ministro de Economía (Presidente).	Ministro Corte Suprema (Presidente)	Presidente de la República
	Representante Ministro de Hacienda.	Jefe Servicio designado por Ministro de Economía.	
	Dos profesores universitarios (abogado y economista)	Jefe Servicio designado por Ministro de Hacienda.	
	Representante Junta de Vecinos.	Dos Decanos de Facultades de Economía y Derecho.	
Remoción	Duración dos años	Duración dos años	Presidente de la República
Reelección	Sí	Sí	Sí
Presupuesto	<i>Ad honorem</i> miembros.	<i>Ad honorem</i> miembros.	Ley de Presupuesto.

En relación con los plazos y procedimientos, la legislación establece plazos de respuesta de quince días hábiles a los requerimientos, plazo que no obstante puede extenderse si así lo determinan las Comisiones. Vencido este plazo, se establecen períodos de prueba y de resolución. También la ley establece un plazo, de diez días hábiles, para el pago de las multas, que en el caso de no cumplirse se sustituye por reclusión. Los fallos de las Comisiones son resueltos en conciencia y sólo son apelables ante la Corte Suprema.

III. DESAFÍOS PARA LA LEGISLACIÓN ANTIMONOPOLIO EN CHILE Y PROPUESTAS

La importancia del diseño, del proceso de aprendizaje y de la independencia relativa con que han operado las instituciones antimonopolio en Chile son elementos muy destacables y explican por qué Chile es uno de los países de mayor desarrollo institucional en esta materia dentro del mundo de menor desarrollo. Sin embargo, la misma experiencia y, en particular, la evolución reciente ha dejado ver fallas que requieren perfeccionamientos y que se constituyen en desafíos, los que se plantean en lo que sigue de esta sección.

III.1 Desafío 1: Definir qué persigue la ley

En Chile, como en la mayoría de los países del mundo, incluyendo los Estados Unidos, lo que persigue la ley no está explícitamente definido (véase, por ejemplo, Bork, 1978) y lo que se entiende como objetivo es muy vago, lo que facilita que las comisiones equivoquen notoriamente el rumbo seguido. A modo de ejemplo, en Chile hay casos que debieran competir sólo a los tribunales del trabajo, pero que han sido tratados por la legislación antimonopolios, por una mala precisión del ámbito de ésta. Asimismo, las comisiones chilenas han tratado casos en los que no existe ningún poder de mercado ni potencialidad de aprovechamiento monopólico, los que no debieran ser siquiera considerados. Definir clara y operativamente qué persigue la ley o, en otros términos, definir cuál es el bien jurídico que se protege, es el primer desafío que Chile y cualquier país debieran resolver antes de formular una Ley Antimonopolios. Ello aumentaría la certidumbre jurídica sin sacrificar flexibilidad, pues ello no se refiere de modo alguno a tipificar conductas.

Propuesta 1: Definición de Objetivo

Un principio fundamental que ayuda a responder cual debiera ser el propósito de la ley es que como lo sugiere su mismo nombre, ella persigue emular una situación que se logra bajo competencia en circunstancias en las que no existen condiciones de monopolio natural. En tales condiciones, la competencia permitirá que se produzca la mayor disposición de bienes para la sociedad y es ese objetivo, lograr la mayor disposición de bienes, el que cualquier legislación antimonopolios debe procurar.

Cabe remarcar que no cualquier resultado que se genera bajo competencia, como es tradicionalmente entendida, debe ser el propósito de la legislación antimonopolios. En el caso que sea más barato producir con una empresa que con más de una, en decir, cuando haya condiciones de monopolio natural, la competencia reducirá la disposición de bienes para la sociedad. De la misma forma, cuando se produzcan externalidades del tipo “tragedia de los comunes” que no sean corregidas por negociaciones entre privados, la competencia no conllevará a la máxima disposición de bienes⁸.

Mayor disposición de bienes ha sido tradicionalmente entendida en economía como eficiencia social o maximización de la suma de excedentes del consumidor, productor y del gobierno. En tal sentido, no debe verse aquí una contradicción entre privilegiar la suma de excedentes y en particular la inclusión del excedente del productor, con el hecho que la legislación antimonopolios sea “pro consumidor”. Los productores son consumidores y no tiene sentido, desde este punto de vista, contraponer consumidores con productores.

Es por lo anterior, que proteger y fomentar la competencia no debe interpretarse como un objetivo per se, ni menos significa proteger ni cuidar a los competidores. Se trata de proteger y fomentar algunas de las consecuencias de la competencia, pero no todas. En este sentido, el objetivo que pudieran plantear algunos analistas y que puede ser muy loable (y que, por cierto, fue el que se concretó en los Estados Unidos con la promulgación de la *Clayton Pactman Act*), cual es preservar las empresas de menor tamaño y que ven peligrar su existencia por la irrupción de grandes empresas, no es en general consistente con el objetivo de maximizar la disposición de bienes. Así, por ejemplo, una fusión entre empresas que reduzca

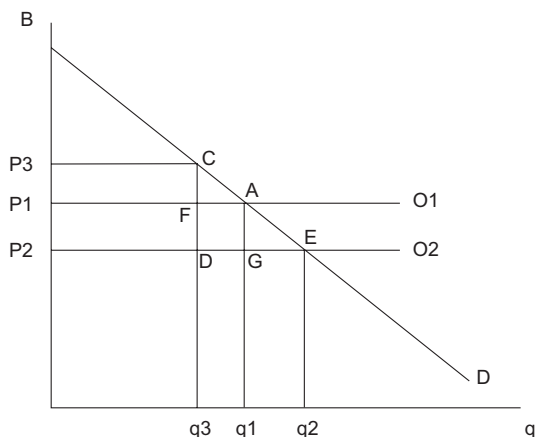
⁸ Este es el caso de un recurso renovable, como la anchoveta en el norte de Chile, donde imponer cuotas (individuales y transables) y restringir la entrada (competencia), permite disponer en el futuro de más bienes, y por lo tanto, no va en contra del espíritu de la legislación antimonopolios.

costos y que por ello dañe a los competidores que permanecen en la industria, no es anticompetitiva en el sentido de la legislación antimonopolios, aunque pudiera efectivamente reducir el número de competidores.

Para ilustrar claramente esta disyuntiva, considérese la Figura 1, en que existe una situación inicial en la que un conjunto de empresas dan origen a la función de costos medios de largo plazo y de oferta $O1$. Esta oferta, en conjunto con la demanda D , determinan una situación de competencia, el precio $P1$, la cantidad $q1$ y una disposición de bienes o excedente total, de $P1$ A B . Supongamos ahora que producto por ejemplo de una fusión, el costo de la industria se pudiera reducir, lo que daría origen a una función de costos $O2$, pero que además, las firmas en la industria adquieren poder de mercado y la posibilidad de cobrar un precio superior a su costo $P2$. La pregunta central a responder desde un punto de vista de la política antimonopolios es: ¿Se debe permitir esta fusión?

Hay distintas situaciones, algunas de ellas esencialmente triviales. Por ejemplo, si suponemos una capacidad de regulación completa, la respuesta es evidente: permita la fusión y regule de modo que el precio no sea mayor que $P2$. Como esta situación es obvia o simplemente irrealizable, consideremos el caso en que el regulador no podrá controlar el precio una vez realizada la fusión. Una respuesta a la pregunta anterior es permitir la fusión en el caso que quien debe autorizarla estime que el precio pos fusión será inferior a $P1$. En este caso, tanto las firmas como los consumidores ganarían, lo que no hace discutible que hay más disposición de bienes. Una visión práctica, sin lugar a dudas, sugeriría aprobar esta fusión.

FIGURA 1



Una segunda situación relevante es cuando producto de la fusión, el precio aumente por sobre P1. Con ello, quienes demandan el producto perderían y quienes lo ofrecen ganarían, no siendo definido el efecto neto sobre la disposición de bienes. Supongamos que el precio aumenta a P3. En este caso los demandantes pierden P1 A C P3 y los productores ganan P2 D C P3. El efecto neto es la diferencias de áreas P2 D F P1 - FAC.

Nótese que el ejercicio realizado considera sólo el total de excedente o en nuestros términos, la disposición total de bienes y no cómo éstos se reparten. Ello es fundamental para tener un criterio claro y transparente de resolución de casos antimonopolios. En otras palabras, se debe reconocer explícitamente que la Ley Antimonopolios no persigue proteger a los demandantes de un producto respecto de los oferentes de ese producto. Para los efectos de la legislación antimonopolios todos son consumidores y en este sentido, la ley debe ser pro consumidor, no pro demandante o pro oferente⁹.

Lo anterior no es contradictorio con otras legislaciones que, por ejemplo, defienden a los consumidores. En el caso que haya asimetrías de información entre productores y consumidores y sin que medien poderes monopólicos, algunos consumidores deben disponer de protecciones que, en general y como se aplica a Chile, las entregan las leyes de protección al consumidor. La composición de los productos, la rotulación, la falta de garantías y el engaño son prácticas que no se relacionan necesariamente con poderes monopólicos. La pequeña panadería del barrio puede tener la balanza distorsionada y engañar a los consumidores sin que haya poder monopólico. Tampoco, como pudiera inducir a confusión el texto de la ley chilena, el objetivo de la ley pudiera ser velar por los trabajadores a los que eventualmente les pudieran ser conculcados sus derechos. Ello, en general, se produce en un ámbito diferente para lo que existen normas y protección. Por último, tampoco debe ser considerado como un objetivo reducir la pobreza o hacer más igualitaria la distribución del ingreso, para lo cual, nuevamente, existen otras políticas y resguardos. La distribución del ingreso, aparte de no ser un bien jurídico sobre el que haya algún grado de consenso de preservar, requeriría conocer quién realiza una determinada conducta para saber si es legal o no, lo que es la antítesis de un sistema justo.

⁹ Proceder de otra forma requeriría que el tribunal antimonopolios supiera quiénes están detrás de la oferta y de la demanda, determinando por ejemplo, que si se trata de un monopolio de artesanía de comuneros indígenas no hay problema con la fusión, pero si se trata, en cambio, de una sociedad anónima, no tendría una forma clara de determinar el efecto sobre la distribución del ingreso.

Una consideración que cabe plantear, aunque se deriva del análisis previo, es que la máxima disposición de bienes debe considerar una dimensión temporal. Es posible que una acción reduzca la disposición de bienes hoy, pero que la favorezca mañana. A modo de ejemplo, la protección del derecho de propiedad en general y el derecho de invención a través de leyes de patentes y marcas, suele sacrificar disponibilidad de bienes en un breve plazo, pero aumentarla en el futuro. En efecto, las patentes procuran incentivar la investigación y el desarrollo de productos. Favorecer la innovación impidiendo límites a la copia es en cierta forma favorecer la monopolización, pero ello favorece la innovación y, por ende, la disposición de bienes en el futuro. En este sentido, las patentes pueden ser pro-competitivas aun cuando signifiquen sacrificar disponibilidad de bienes en el presente. La evaluación sobre si menor disposición de bienes hoy a cambio de mayor disposición en el futuro aumenta o disminuye la disposición neta de bienes, debe ser similar a la que se hace con cualquier proyecto, es decir, comparando con el uso de una tasa de descuento adecuada.

Este es, sin duda, un principio de gran relevancia y que a pesar de poseer bases antiguas en la tradición de Schumpeter, sólo ha empezado a ser considerado explícitamente en la visión del rol de la legislación anti-monopolios, muy recientemente ¹⁰.

Por último, el análisis práctico de las conductas que favorecen la mayor disposición de bienes requiere de una visión ampliada a lo que ha sido tradicionalmente el análisis microeconómico y una introducción por nuevas exploraciones de la economía, en particular, economía de los contratos y de los costos de transacción. Como se deriva de Williamson (1993), en su debate sobre los fundamentos de Posner, determinar si existe o no aumento en la disposición de bienes producto de restricciones verticales, por ejemplo, requiere una comprensión de los costos de transacción que se evitan con tales prácticas. Ello, sin embargo, hasta ahora ha estado fuera del ámbito de comprensión de los analistas de la economía de la competencia.

Respecto de la forma en que pudiera implementarse la propuesta de proceder con una definición, ello en cierta manera ya se hace cuando, a través de un trabajo como éste, se induce a la discusión. Sin embargo, para que ello tenga un real efecto, es esencial que las instituciones antimonopolio se hagan parte de esta discusión a través de las comisiones y del Fiscal.

¹⁰ Véase, Eisenach y Lenards (1999), Teece y Coleman (1999) y Schmalensee (2000).

III.2 Desafío 2: Precisar el Ámbito y Rango de la Ley Antimonopolios

La adecuada y clara definición del propósito de la ley es fundamental para, a la vez, definir su ámbito de aplicación. Por una parte, una cantidad significativa de los casos totales es de escasa relevancia desde el punto de vista de un objetivo como el que hemos definido y consume mucho tiempo a los comisionados y a la Fiscalía. Estos casos, si bien se tienden a desecharse una vez analizados, consumen recursos por lo que una definición de objetivo y del ámbito de aplicación de la ley, coherente con su objetivo, eliminaría desde un principio este problema. Así, la definición del objetivo permitiría descartar cualquier caso que no tenga que ver con poderes reales o potenciales de mercado. Cualquier caso que involucre una denuncia contra alguien (empresa o comprador) que no tiene un poder de mercado real, sería prontamente descartado.

En segundo lugar, un problema recurrente y grave que dice relación con el ámbito de aplicación, es la voluntad y presión para excluir de la aplicación de la ley a una serie de industrias. ¿Tiene sentido aplicar la ley a industrias reguladas, que por la misma definición de la ley son monopólicas? ¿A industrias protegidas por la ley de patentes, que por definición se trata de un monopolio legal, aunque temporal? Las respuestas las han ido dando las propias comisiones en sus fallos y hoy nadie discute el principio que la legislación se aplica a todas las industrias, sin que ello conlleve una contradicción entre leyes. Sin embargo, el problema es recurrente y cada cierto tiempo aparecen presiones para excluir sectores de la regulación antimonopolio. En tercer término, y particularmente importante a la luz de debates surgidos por ámbitos de competencia de las instituciones antimonopolio y de otras instituciones reguladoras (*e.g.*, situación de Subtel y Comisión Resolutiva, sobre definición tecnológica), definir el ámbito reduce espacios de conflicto institucional, lo que de paso erosiona la credibilidad de estas instituciones.

Sin embargo, el problema más relevante se asocia a un cuestionamiento que ha emergido con especial fuerza en el último tiempo. Este no se basa en una definición *a priori* del ámbito de la ley, sino en la idea que es necesario legislar de modo de resolver problemas que los legisladores consideren que no han sido resueltos apropiadamente por las comisiones antimonopolios. Sin ser exhaustivo, tres casos recientes ilustran el problema. El primero es el proyecto de modificación de la ley eléctrica, presentado en septiembre del 2000, que prohíbe la integración vertical de las empresas de transmisión y generación eléctrica, materia que ya había sido

definida en un sentido distinto por la Comisión Resolutiva. El segundo caso es el proyecto de modificación al Código de Aguas, que se encuentra en trámite legislativo, donde el fundamento del mismo es un funcionamiento no competitivo del mercado del agua, debido a la fuerte concentración de derechos de aguas por parte de una empresa de generación eléctrica. El tercero, es la propuesta legal de limitar la concentración bancaria sobre un cierto límite. Como es evidente, está implícita en todas estas propuestas la idea que las instituciones antimonopolio no han hecho bien su tarea de resolver problemas que definitivamente les competen¹¹.

Estos casos ilustran la mayor aprensión que hoy tenemos: cuando al Poder Legislativo, susceptible de sufrir presiones electorales, no le parezca adecuado un fallo o la decisión de las comisiones en temas que dicen directa relación con las materias antimonopolio, resolverá legislando directamente. De ser éste el caso, el ámbito de la legislación antimonopolios puede quedar circunscrito a tal nivel, que sea absolutamente irrelevante lo que hagan y resuelvan. Por lo anterior, el desafío es concebir una legislación antimonopolios más centrada en un objetivo específico y que no haga peligrar la relevancia de su accionar. El ámbito de los temas antimonopolio debe estar radicado en las instituciones creadas para ese fin.

Por cierto que ello no excluye la posibilidad (y necesidad) de tener regulaciones sectoriales, como de hecho hoy existen. Su necesidad, sin embargo, debe estar determinada por una decisión de las mismas instituciones antimonopolios. La idea se entiende claramente cuando se considera que en la actualidad es la Comisión Resolutiva, mediante un fallo, la que define la necesidad de regular una industria o etapas de una industria. Si la Comisión Resolutiva no emitiera un fallo en tal sentido, se entiende que no habría regulación sectorial. Ese principio es valioso, por lo que debe reforzarse. Es, por cierto, contrario a ese principio que haya regulaciones estructurales que, por ejemplo, limiten o impidan integraciones, sin que medie un fallo del organismo que, en materia antimonopolios, resulta necesario.

Propuesta 2: Definición de Ámbito

El desafío de definir el ámbito de la legislación antimonopolios se debiera abordar en tres frentes. En primer lugar, con la definición del ob-

¹¹ Como las atribuciones con que cuentan las instituciones antimonopolio permitirían, de así considerarlo necesario, desconcentrar los derechos de agua, por ello se sugiere una tarea mal hecha. De cualquier modo, esta afirmación no va al fondo del problema del mercado eléctrico, sino que se centra en el tema del ámbito de las instituciones antimonopolio.

jetivo de la ley, en la forma que se ha propuesto más arriba, se acota el ámbito y se lograría reducir el trabajo de las comisiones y Fiscalía en múltiples casos de menor relevancia. En segundo lugar, se debe señalar que las comisiones son competentes para conocer cualquier caso que tenga que ver con los efectos sobre la competencia (disposición de bienes), incluso en el caso que existan otras leyes que traten temas muy estrechamente relacionados. El criterio empleado debe ser que la competencia de las comisiones se aplica cuando se trate de materias que involucran la libre competencia, en la medida que las prácticas exceden el ámbito cubierto por la otra legislación. A modo de ejemplo, las instituciones antimonopolios no deberían pronunciarse si el precio por la interconexión de redes de telecomunicaciones de empresas de telefonía básica es alto o no. La Ley de Telecomunicaciones define un procedimiento para el cálculo de ese valor y quien debe fiscalizar su aplicación es la Subsecretaría de Telecomunicaciones. Sin embargo, nada dice la ley sobre eventuales requerimientos de compra de otros servicios para ser interconectado que pudiera imponer el dueño de una red (es bueno que una ley sectorial no contenga esa materia tan específica). En esa materia, que no está expresamente considerada por la Ley de Telecomunicaciones, las instituciones antimonopolios deberían actuar determinando si tales requerimientos son o no anticompetitivos.

En tercer lugar, y en relación con el problema que se ha manifestado particularmente serio en los últimos años, sin la necesidad de entregar un rango especial a la ley antimonopolios, todas las leyes sectoriales que traten o consideren materias de este orden, deberían considerar a la Comisión Resolutiva como el ente que define las condiciones de mercado. Así como fijar precios en Chile requiere primero un pronunciamiento de la Comisión Resolutiva, y luego tiene requerimientos de quórum especial, determinar materias esencialmente vinculados con el tema antimonopolios a través de leyes especiales debiera pasar por pronunciamientos de esa Comisión y tener requerimientos especiales de quórum también. Así, un criterio práctico de esta concepción es que cualquier caso que tenga que ver con materia de monopolios y competencia, debiera excluirse de una ley específica a menos que cuente con un fallo de la Comisión Antimonopolios que lo permita.

III.3 Desafío 3: Más Autonomía a las Instituciones y Límite al Riesgo de Arbitrariedades

La teoría económica y amplia evidencia de casos que muestran el daño que ha producido la rigidez de la legislación antimonopolios en los

Estados Unidos, han afianzado la idea de que no tiene sentido disponer de una legislación basada en la definición de conductas ilegales per se. Cualquier conducta o situación, en determinados contextos, puede tener efectos que favorecen la disposición de bienes y en este sentido, ser pro-consumidor, por lo que el criterio de regla de la razón es el que debe favorecerse.

La imposibilidad de hacer explícitas o tipificar las conductas ilegales, que es en parte consustancial a la existencia de la regla de la razón, conlleva el riesgo de que la aplicación de la ley sea vulnerable a la presión de grupos económicos de interés, grupos organizados y en particular, de los poderes Ejecutivo y Legislativo. La forma de no sacrificar la aplicación de la flexibilidad necesaria que permite la regla de la razón en pos de la búsqueda de certidumbre jurídica, es garantizando que las instituciones antimonopolios y en particular las instancias definitorias, las comisiones, sean autónomas de los grupos señalados.

Es en este ámbito donde se requieren avances mayores. El funcionamiento en la práctica del sistema es vulnerable. La dependencia de las instituciones antimonopolio del Poder Ejecutivo es alta, desde el momento en que el Fiscal es de libre designación y remoción por el Presidente de la República y dos de los cinco comisionados de cada comisión deben, aunque indirectamente, contar con su confianza. La dependencia del Fiscal del Poder Ejecutivo es crítica, porque si bien no es él quien decide los casos, puede investigar de oficio, es quien dispone el esfuerzo de investigación en cada caso, y quien determina la prioridad que se le ha dado a los casos. Además, su opinión es determinante con respecto a la comisión que ve el caso (Preventiva o Resolutiva), define a los relatores y propone a las comisiones las penas. En cierta forma, el Fiscal tiene un rol de investigador y de juez al mismo tiempo, elemento que por cierto estuvo presente hasta el año 2000 en el sistema penal en Chile y que con la modificación introducida este año, en forma inicial en dos regiones del país, se ha cambiado.

En este sentido, el rol clave del Fiscal debe debilitarse en las áreas donde hay espacio para la arbitrariedad. No debe ser él quien priorice los casos ni en tiempo ni esfuerzo, ni tampoco quien defina relatores de las causas. Pero, en otras áreas, no cabe debilitar el rol del Fiscal sino que equilibrarlo con un mayor poder para las comisiones. Las comisiones, en la medida que sean autónomas y competentes, contrapesarán un rol desbalanceado del Fiscal. En efecto, el contrapeso depende no sólo de la dependencia de la designación, sino que muy especialmente de la competencia de los comisionados, de su dedicación y de su compromiso. Las comisiones, de la forma en que están concebidas en Chile y como jurado o tribu-

nal, debieran contrapesar, cuestionar y refutar al Fiscal, aunque por cierto, en un sentido, apoyar su labor a favor de conseguir la justicia ¹².

Si las comisiones actuaran sólo como un jurado o como un panel análogo al que opera en Chile con la reforma procesal penal, su necesidad de investigar sería necesariamente inferior a la que es en la actualidad. Es decir, si las comisiones debieran contrastar los argumentos de dos partes, que pueden ser privados o públicos, o del Fiscal y de otra parte, privada o pública, el apoyo a la investigación que demandarían sería sustancialmente menor. En este sentido, en la actualidad se está en el peor de los mundos. Aun cuando la Fiscalía se concibe como la Secretaría Técnica de las comisiones, los miembros de la Fiscalía son dependientes jerárquicos del Fiscal, por lo que no es cierto que desde el punto de vista del diseño, las comisiones puedan realizar una labor de investigación realmente independiente del Fiscal.

Por otra parte, la autonomía de las comisiones, que también es fundamental para el funcionamiento del sistema, peligra no sólo por la designación de los miembros sino por el riesgo de no ser altamente competentes en la materia ¹³. Como se señaló previamente, en ambas comisiones al menos dos de los cinco miembros que las componen tienen directa o indirecta dependencia del Poder Ejecutivo. En cuanto a la Comisión Preventiva Central, un miembro es designado por parte de las Juntas de Vecinos de Santiago, lo que nuevamente, como diseño, compromete severamente la competencia de ese miembro, reduciendo el peso en la discusión y en la práctica, el aporte ¹⁴.

En cuanto a la designación de al menos dos de los otros miembros que dependen de las universidades del Consejo de Rectores, el espíritu del legislador puede ser valioso de preservar, pero hoy está absolutamente sobrepasado por la realidad. En efecto, la designación de dos miembros recae en decanos de Facultades de Economía y de Derecho de universidades de ese consorcio. Si bien ello garantiza de buena manera la requerida independencia de poderes del Estado y de grupos de presión identificables, esta forma de designación compromete la competencia de los miembros de

¹² Edgardo Barandiarán me hizo notar este problema estructural del funcionamiento vigente del sistema en Chile y la evidente forma de resolverlo.

¹³ La independencia y competencia de la mayoría de los miembros de las comisiones no puede cuestionarse en base a la evidencia que entregan casi treinta años de operación. Sin embargo, ello no obsta para que se plantee claramente que existe un riesgo de diseño.

¹⁴ Si bien cada miembro tiene un voto en las decisiones, el peso de los argumentos siempre es relevante, lo que ha hecho que en la práctica, con contadas excepciones, la opinión de este miembro no haya tenido la relevancia de los otros.

las comisiones. Poco sugiere que esa forma de designación permita contar con personas competentes en las áreas muy específicas que se tratan en las comisiones.

Los decanos, aunque tengan capacidad de aprender rápido, sólo por casualidad serán expertos en derecho comercial o microeconomía, economía de empresas u organización industrial. En tal sentido, se podría preservar el espíritu del legislador y, en particular, la ventaja de ese cuerpo colegiado como ente independiente, para que sea éste (u otro) quien designe a dos miembros con las especialidades que se requieren. En otras palabras, no es necesario que sean decanos de facultades de las universidades del Consejo de Rectores quienes sean miembros de las comisiones; sería suficiente que ese Consejo designe quién debe ser él o los miembros para que así se asegure más competencia de los mismos y se preserve la independencia.

Propuesta 3: Más autonomía y definición de procesos

El desafío aquí planteado requiere garantizar más autonomía y definir procesos. La mayor autonomía para la Fiscalía se conseguiría haciendo que el Fiscal no sea un funcionario de la exclusiva confianza del Presidente de la República y que, en particular, su remoción no dependa de un poder del Estado susceptible de presiones políticas. Concretamente, la propuesta es que el Fiscal sea propuesto por el Presidente de la República y ratificado por el Senado, disponiéndose una duración de seis años, prorrogables.

La existencia de dos comisiones ha servido de filtro para algunos casos y de doble chequeo de consistencia de fallos. También la Comisión Preventiva tuvo un rol importante en una primera etapa resolviendo consultas. No obstante, la existencia de más de una comisión tiene el problema que, ante la falta de claridad de ámbitos y de procedimientos por los cuales se presentan y analizan los casos, en la práctica los denunciantes, incluyendo al Fiscal, decidan qué comisión ha de analizar el caso, lo que es muy inconveniente. Adicionalmente, más comisiones involucran mayores costos, sin que los beneficios en la actualidad sean claramente identificables.

La propuesta es que haya cinco comisionados en una sola comisión. El presidente, un miembro de la Corte Suprema designado por esa Corte; dos miembros nominados por un consorcio de las universidades acreditadas en el país que ofrecen las carreras de las especialidades que también deben tener éstos: Economía y Derecho. Dos miembros nominados por el

Presidente de la República con las mismas especialidades. Los miembros propuestos por el Presidente de la República, debieran ser ratificados por el Senado.

En cuanto a los procesos que debieran seguirse, éstos deben ser muy claramente delimitados, con fechas, períodos de prueba, etc., y en los cuales participen directamente las partes, evitando relatores. Considerando la experiencia reciente, la aplicación de recursos de no innovar en los casos que ello tenga efectos en la competencia, debieran también estar severamente acotados. En el caso que haya efectos de este tipo, tales recursos debieran ser ratificados periódicamente por la comisión. Ello porque ésta es una herramienta que puede producir los mismos efectos que un fallo, y que ha sido usada excesivamente en algunos períodos de aplicación de la ley. También, para preservar la simetría y reducir prácticas que pueden conducir a la corrupción, se debiera considerar el aporte de terceros a los casos (rol de los coadyuvantes), sólo a través del Fiscal ¹⁵.

III.4 Potenciar la labor Técnica y Aumentar Efectividad en las Investigaciones

Existe una relación entre capacidad técnica de una agencia, como la Fiscalía y las Comisiones y su sustento en el tiempo. Desvirtuar fallos en base de la incompetencia de los miembros de las instituciones antimonopolios o de otras instituciones, incluyendo superintendencias y bancos centrales, es una práctica sutil pero bastante empleada. El desprestigio de las instituciones por falta de competencia permite, ya sea directamente a través de otra institución o a través del cambio del marco legal, reducir su ámbito de trabajo y su influencia.

El consenso de disponer de alta capacidad técnica es amplio. Ello llevó a que en 1999 se promulgara una ley que entregó un considerable aumento de recursos a la Fiscalía, incluyendo más atribuciones. Ello se justificó en base a la necesidad de contar con mayor capacidad técnica, mayor base analítica, de modo de poder balancear la enorme capacidad que tienen las empresas que están sujetas a la fiscalización de las instituciones

¹⁵ Es una práctica habitual que en ciertos casos se hagan parte abogados que, sin tener ni representar un interés en la materia, sustituyen en cierto modo la función del Fiscal. Estos participantes, al no vincularse con las comisiones a través del Fiscal, tienen el potencial de ejercer presiones indebidas o interesadas a los denunciados, lo que se reduce cuando se les acota su vinculación con las comisiones a realizarla sólo a través del Fiscal. Este problema me lo hizo ver Gonzalo Edwards.

antimonopolios. No hay antecedentes todavía para evaluar la efectividad de los recursos adicionales entregados y es improbable que ello pueda hacerse sin considerar metas específicas a la Fiscalía y a las comisiones. No es por ello, al menos por hoy, razonable asociar el requerimiento de mayor capacidad técnica con mayores recursos, pero sin duda que el peso de la prueba está en la institucionalidad antimonopolios, que hasta la fecha no da muestras de un avance notorio.

De cualquier modo, y desde una perspectiva de mayor plazo, ha existido una falta de efectividad en la labor de la Fiscalía y de las comisiones que se deriva de una interpretación muy legalista de lo que constituye una prueba. La visión más legal y tradicional ha sido que ciertas conductas, para ser sancionadas, requieren de pruebas tangibles. La visión alternativa es que la suma de evidencia de mercado y de situaciones que sugieren conductas, es suficiente para aplicar ciertas sanciones. Sin pronunciarnos sobre la conveniencia de un predominio indisputado de una visión sobre la otra, el privilegio de la primera visión ha llevado a que haya habido casos notables en los que no se han aplicado sanciones, debiendo haberse aplicado.

Propuesta 4: Procedimientos para la Defensa, Creación de Secretaría Técnica de la Comisión y Uso del Proceso Abreviado

La situación más grave que origina el desequilibrio y necesidades de contrapeso y de recursos surge del hecho que el Fiscal es en la práctica, juez y parte. Por ello, una primera forma de avanzar hacia una adecuada solución de los problemas que afectan la institucionalidad es cambiando procedimientos de discusión y prueba. En lo esencial, la comisión debe actuar como jurado; el Fiscal como parte y el acusado se debe defender frente a los cargos del Fiscal (o de la otra parte), y frente al relato del relator. De ninguna manera, el relato debe ser realizado a “puertas cerradas” y por parte de un abogado dependiente jerárquico del Fiscal.

No obstante, ello reduciría enormemente los requerimientos de información para los comisionados, es todavía posible que las comisiones requieran complementar su conocimiento desde una fuente independiente. La capacidad técnica de las comisiones depende de la capacidad de los comisionados, pero también y de manera fundamental, del apoyo que le pudiera prestar la Fiscalía. Sin embargo, no es la Fiscalía la que puede funcionar como Secretaría Técnica de las comisiones. Las comisiones requerirían de una Secretaría Técnica real. Por ello, se propone crear esta Secretaría, a cargo de un Secretario Técnico y que sea éste quien se relacione directamente con los comisionados. Los recursos para el funcionamiento de esta

Secretaría Técnica debieran provenir de los destinados a la Fiscalía, que siempre se ha concebido cumpliendo estas labores.

Adicionalmente, hay dos avenidas complementarias que debieran implementarse y que consiguen el mismo propósito. En primer lugar, se deben definir y evaluar los procesos que se ejecutan, como el número de casos estudiados y resueltos, la complejidad de los casos (*e.g.*, número de diligencias), tiempo tomado en cada caso, tasa de éxito en los casos impulsados (*e.g.*, fallos en el sentido propuesto por el Fiscal). En segundo lugar, la Fiscalía y la comisión debieran emitir informes de los fallos, con los procedimientos seguidos y con la doctrina derivada, respectivamente. Esos informes permitirían tanto generar mayor certeza jurídica, a través de la derivación general de guías de procedimiento y criterios seguidos, y también demandarían un esfuerzo mayor para las distintas instituciones antimonopolios, pues el escrutinio público y en particular, el académico, es un buen disciplinador de malas prácticas o simplemente, de prácticas descuidadas.

Por último, en cuanto a la efectividad de las investigaciones y al rol de las sanciones, la reciente reforma penal en Chile abre una posibilidad de gran importancia para las instituciones antimonopolio, cual es la aplicación o asimilación del concepto de proceso abreviado. En lo fundamental, ello consistiría en que el Fiscal le dé la posibilidad a las empresas perseguidas de reducir considerablemente su pena (o simplemente perdonarlos), si entregan información que reduzca el costo de la investigación y en particular, que incrimine a otros participantes. Ello sería muy conveniente particularmente para casos que son de la mayor trascendencia, como casos de colusión de precios y boicots.

IV. CONCLUSIONES

Este trabajo ha presentado un conjunto de proposiciones que no sólo están orientadas a mejorar el funcionamiento de las instituciones antimonopolio en Chile, el que en otros estudios hemos evaluado y calificado positivamente, sino que persiguen promover una institucionalidad que responda a nuevos desafíos que ya se presentan en un país crecientemente inserto en el mundo. No hacerlo implica severos riesgos de progreso y compromisos para la inversión.

Es posible que no todos los desafíos estén presentados y, sin duda, algunos analistas echarán de menos desafíos y propuestas que, considerando los que han sido parte de la discusión, pudieran estar presentes. Hay al menos dos temas en los que a pesar de que no hay proposiciones, sí han

CUADRO 2 SÍNTESIS DE PROPOSICIONES

Desafío	Medidas	Requerimiento Legal
Definir el Objetivo	Seminarios, textos, posición comisiones; Gestión Fiscalía	No requiere si lo explicitan las comisiones (Jurisprudencia)
Dar Especial Rango a la Ley	Debate, discusión, textos	Ley Especial
Definir Ámbito	Posición de Fiscalía y Comisiones; Gestión Fiscalía	Expresa posición de comisiones (Jurisprudencia)
Aumentar Autonomía	Fiscal ratificado por Congreso. Designación Comisionados. Separación Funciones Fiscalía y Comisiones. Creación Secretaría Técnica.	Ley Ley Reglamento de actual ley Ley para dependencia
Reducir potencial de Arbitrariedad	Coadyuvantes, de haber, sólo se relacionan con la Comisión a través del Fiscal. Relato y acusación siempre frente a las partes. Definir funciones y procedimientos. Rendición de cuenta de gestión	Reglamento de Procedimientos, no requiere ley.
Aumento de la Capacidad Técnica y Efectividad	Emisión de informes públicos de gestión. Creación de Secretaría Técnica. Aplicación juicio abreviado.	Ley Ley Ley

sido considerados; estos son, remuneración a los comisionados y el cambio de las comisiones por tribunales especializados.

Respecto del primero, cual es la ausencia de pagos a los comisionados y su consecuente falta de dedicación, la opción pudiera ser la de asignar mayor presupuesto para disponer de personas más calificadas y con mayor dedicación. Sin embargo, la evidencia en Chile muestra que han sido comisionados personas de alto costo alternativo, incluyendo abogados expertos en derecho comercial y economistas con doctorados en las más pres-

tigiosas universidades del mundo. No se trata entonces de la imposibilidad de acceder a personas idóneas y por el contrario, un pago deficiente, que haga poco claro que lo que hace el comisionado es un trabajo claro de servicio público, pudiera incluso desalentarlos a participar. Lo que sí puede haber hoy, con la institucionalidad vigente, es un cuestionamiento sobre la dedicación de los miembros y su capacidad de comprender las complejas materias que se tratan.

Sin embargo, no parece una opción realista ni conveniente desde el punto de vista económico que un país como Chile, como también la mayoría de los países en desarrollo, cuente con profesionales de ese nivel con dedicación completa o exclusiva. En otras palabras, si bien es posible con un presupuesto alto disponer de esas personas, ese presupuesto debiera ser excesivamente alto para lo que se obtiene.

Lo anterior no obsta para que una política diferente sea la adecuada en países desarrollados. En ellos, particularmente en los Estados Unidos, el número y complejidad de los casos es significativamente mayor, además de, por cierto, contar con recursos significativamente superiores. De hecho, uno de los problemas que podría producir el aumento de la dedicación de los comisionados en Chile, es que la justificación de su labor implique la investigación de casos inútiles. Sobre ello, la evidencia casual es abrumadora¹⁶.

Es este análisis el que lleva a concluir que la reducida dedicación de los comisionados se compensaría muy eficientemente con un cambio de procedimientos en el alegato de las causas donde los comisionados se enfrentan a las partes, los relatores hacen su trabajo frente al acusado y se cree una Secretaría Técnica de la comisión, fuerte técnicamente, con capacidad investigadora y con medios presupuestarios. Así, la dedicación de los comisionados pudiera mantenerse baja y todavía obtener alta calidad en sus decisiones que serían propiamente informadas. Tal Secretaría Técnica debiera disponer de parte de los recursos que se le asignaron a la Fiscalía, pues no se trata de crear nuevos labores, sino mantener una separación mínima, que tampoco impida la coordinación de la investigación.

Tampoco parece recomendable modificar el sistema de comisionados por un tribunal especial del mismo Poder Judicial. Ello aumentaría la autonomía y aseguraría, en gran medida, que las eventuales incompatibili-

¹⁶ Por ejemplo, la labor del Servicio de Aduanas y del Consejo de Calificación Cinematográfica se ha mezclado para someter a trámites de revisión (censura), sólo en el año 2000, a los DVD con las películas "El Barco" (que ya había sido presentada en cines al menos 15 años antes) y "Magnolia" (presentada más recientemente en cines).

dades se explicitaran. Sin embargo, la pérdida de competencia en los temas sería algo muy costoso de perder. La formación en microeconomía de al menos parte del tribunal, es fundamental para proteger el bien jurídico que debe protegerse, al menos hasta que sea posible transmitir claramente a los jueces ordinarios cuál es el bien jurídico que se debe proteger, algo que hasta la fecha no parece claro ni siquiera para analistas del área.

Referencias Bibliográficas

- Bork, R. (1978): *The Antitrust Paradox*, New York, Basic Books, Inc. Publishers.
- Eisenach, J. A., y T.M. Lenards (1999): *Competition, innovation and the Microsoft monopoly: Antitrust in the Digital Market Place*, Kluwer Academic Publishers, Boston, MA.
- Paredes, R. (1995): “Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolios en Chile”, *Estudios Públicos*, 58, Otoño.
- (1997): “Políticas de Competencia en países sin tradición de mercado: el caso de Chile”, *Perspectivas*, 1, Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile.
- , J. M. Sánchez, R. Sanhueza, J. Yáñez y L. Letelier (1998): “Autonomía de las Instituciones Gubernamentales en Chile”, *Documento de Trabajo R-344*, BID, Washington, DC.
- Schmalensee, R. (2000): Antitrust issues in Schumpeterian industries, *mimeo*, MIT.
- Teece, D.J. y M. Coleman (1998): “The meaning of monopoly: antitrust analysis in high-technology industries”, *Antitrust Bulletin*, Otoño.
- Williamson, O. (1993): “Transaction Cost Economics Meets Posnerian Law and Economics”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 149/1, pp. 99-118.

