

INFORME DE LA COMISIÓN DE ECONOMÍA
recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia.

BOLETÍN N° 9.950-03.

Honorable Senado:

Vuestra Comisión de Economía tiene el honor de informar respecto del proyecto de ley de la referencia, en segundo trámite constitucional, iniciado en mensaje de Su Excelencia la Presidenta de la República.

La iniciativa ingresó a tramitación en el Senado con fecha 17 de noviembre de 2015, pasando a las Comisiones de Economía, de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y a la de Hacienda, en su caso.

Posteriormente, con fecha 15 de diciembre de 2015, la Sala acordó que el proyecto sea considerado en general sólo por Comisión de Economía, y, luego, en la discusión en particular, por las Comisiones de Economía, de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y la de Hacienda.

Corresponde señalar que Su Excelencia la señora Presidenta de la República hizo presente urgencia para el despacho de esta iniciativa, en todos sus trámites constitucionales, en el carácter de “suma”.

- - -

A una o más sesiones en que la Comisión conoció este asunto, asistieron, además de sus integrantes, el Ministro de Economía, Fomento y Turismo, señor Luis Felipe Céspedes.

Asimismo, concurrieron especialmente invitadas, las siguientes personas:

Del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo: el Coordinador Legislativo del Ministro, señor Pablo Berazaluce, y los asesores, señores Adrián Fuentes, Mauricio Garetto, Jorge Grunberg y Cristián Torres, y la Jefa de Comunicaciones, señora Claudia Betancourt.

Del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC): el Director Nacional, señor Ernesto Muñoz; los asesores, señora Magdalena Lazcano y señores Félix Mercado y Rodrigo Romo.

De la Fiscalía Nacional Económica: el Fiscal Nacional Económico, señor Felipe Irarrázabal.

Del Ministerio Público, la Directora Ejecutiva Nacional, señora Francisca Werth; el abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado de la Fiscalía Nacional, señor Andrés Salazar.

Del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el Presidente, señor Tomás Menchaca.

De la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios (CONADECUS): el Presidente, señor Hernán Calderón; el abogado, señor Mario Bravo y el asesor, señor Gabriel Trafilaf.

De la Organización de Consumidores y Usuarios de Chile (ODECU): el Presidente, señor Stefan Larenas.

De la Confederación de la Producción y el Comercio (CPC): el Presidente, señor Alberto Salas; el Gerente General, señor Felipe Alvear; el Presidente de la Comisión de Libre Competencia, señor Christian Acuña.

De la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso: el profesor, señor Crispulo Marmolejo.

El Economista, señor Claudio Díaz.

De la Universidad Diego Portales, el profesor de derecho penal, señor Juan Pablo Hermosilla, y la asistente jurídica, señora María Eugenia Rodríguez.

De la Universidad de Chile, el profesor de derecho penal, señor Juan Pablo Mañalich.

De la Universidad de Chile, el profesor de la Facultad de Economía, el señor Aldo González.

De la Sociedad Fomento Fabril (SOFOFA), el Secretario General, señor Jorge Ortúzar, y el abogado señor Ricardo Riesco.

El experto en libre competencia, abogado, señor Cristóbal Caviedes.

El abogado y profesor, señor Juan Cristóbal Gumucio.

Otros asistentes, en calidad de oyentes:

De la Secretaría General de la Presidencia: los asesores señores Luis Batallé, Hernán Campos, Guillermo Briceño y Felipe Ponce.

De la Biblioteca del Congreso Nacional (BCN): la Analista, señora Christine Weidenslaufer.

Del Libertad y Desarrollo: el Abogado, señor Jorge Avilés.

De la Fundación Jaime Guzmán: el asesor, señor Diego Vicuña.

El profesor ayudante de la Universidad Andrés Bello, (UNAB), señor José Bustamante.

De Imaginación Consultores, la Cientista Político, señora Javiera Campos y la periodista María Soledad Carlini.

De la Bancada DC, la señora María Jesús Mella.

El asesor, Comité Senadores UDI, abogado, señor Marcelo Alfaro.

Los asesores, señores Eduardo Barros y Claudio Flores (Honorable Senador señor Eugenio Tuma); Renato Rodríguez y Eduardo Faúndez, (Honorable Senadora señora Lily Pérez); Alberto Jara y José Huerta, (Honorable Senador señor Manuel José Ossandón); Fabián Luengo y Guillermo Rioseco (Honorable Senador señor Alejandro Navarro).

La Jefa de Gabinete, señora Kareen Herrera (Honorable Senador señor Jorge Pizarro).

De la Unidad de Asesoría Presupuestaria, señora María Soledad Larenas.

De El Mercurio, el abogado señor Luis Musquiz.

De diario El Pulso, las periodistas señoras Lucy Aravena y María Ignacia Espinoza.

- - - - -

NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL

El artículo 1°, números 3; 4; 5; 6; 7; 12; inciso final del nuevo artículo 31 bis incorporado por el numeral 14; letra f) y párrafo segundo de la letra p) incorporada por la letra i), ambos del número 16; 18 e inciso final del artículo 57 incorporado por el número 20, y el artículo primero transitorio, son normas de carácter orgánico constitucional.

- - - - -

OBJETIVOS DEL PROYECTO

De acuerdo al Mensaje, la finalidad del proyecto es perfeccionar la institucionalidad de defensa de la libre competencia. Para ello, propone dotarla de los más altos estándares que permitan conciliar el legítimo interés de todos los actores que se desempeñan en los mercados, permitiendo que en ellos rija una competencia libre, basada en los méritos, y que maximice los beneficios de competidores y consumidores por la vía de prevenir, corregir y sancionar adecuadamente los atentados a la libre competencia.

1. Reformas en materia de colusión.

- a. Aumento del monto máximo de las multas.
- b. Prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la Administración del Estado.
- c. Fortalecimiento de la delación compensada.
- d. Eliminación de la exigencia de que el acuerdo o la práctica concertada confieran poder de mercado para sancionar ilícitos de colusión y ajuste del tipo infraccional de colusión a las hipótesis de los denominados “carteles duros”.
- e. Criminalización de la colusión.

2. Control preventivo y obligatorio de fusiones u operaciones de concentración.

- a. Inclusión de un régimen específico de control de operaciones de concentración en la Ley de Defensa de la Libre Competencia.
- b. Definición de qué operaciones están sujetas al control de operaciones de concentración e incorporación de un sistema claro de notificación de dichas operaciones.
- c. Establecimiento de un procedimiento eficiente, transparente, previsible y colaborativo para el análisis de las operaciones de concentración.
- d. Adopción de un estándar sustantivo en virtud del cual las operaciones de concentración serán analizadas.
- e. Presencia de herramientas de aplicación y sanciones adecuadas para garantizar la eficacia del régimen de control de operaciones de concentración.

3. Mejores herramientas para evaluar la competencia en los mercados y solucionar fallas de mercado o fallas regulatorias.

- a. Nueva facultad de la Fiscalía Nacional Económica para realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados.
- b. Traspaso de la facultad de efectuar recomendaciones de modificación normativa desde el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a la Fiscalía Nacional Económica.

4. Aplicación de las acciones y el procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, consagradas en la ley N° 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, para reclamar indemnizaciones de perjuicios con motivo de infracciones a la libre competencia.

5. Sanciones para quienes entorpezcan las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica. Bajo la ley vigente no existen sanciones para quienes entorpezcan las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica.

6. Ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

- a. Dedicación exclusiva de los ministros titulares del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
- b. Ajustes en normas sobre incompatibilidad de los ministros suplentes.

7. Otras modificaciones

- a. Potestad consultiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
- b. Prescripción de multas e imprescriptibilidad de medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar un atentado a la libre competencia.
- c. Procedencia del recurso de reclamación en contra de informes emitidos por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
- d. Aumento de derechos para los investigados por la Fiscalía Nacional Económica.
- e. Regulación del procedimiento de reclamo contemplado en el literal n) del artículo 39 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia.
- f. Eficacia de los acuerdos extrajudiciales respecto de terceros.

ANTECEDENTES

Para el debido estudio de esta iniciativa de ley, se han tenido en consideración, entre otros, los siguientes:

A. ANTECEDENTES JURÍDICOS

-Decreto ley N° 211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, sobre defensa de la libre competencia.

-El Código Penal.

-La ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores.

- - - - -

B. ANTECEDENTES DE HECHO

El mensaje que dio inicio al proyecto de ley.

I. FUNDAMENTOS DE LA MODIFICACIÓN

A más de 55 años de la entrada en vigencia de la primera ley de defensa de la libre competencia, contenida en el Título V de la ley N° 13.305, de 1959, constatamos que nuestro país ha implementado avances sustantivos en materia de promoción y defensa de la libre competencia en los mercados.

En la historia institucional reciente, cabe destacar especialmente las modificaciones introducidas por la ley N° 19.911, de 2003, y la ley N° 20.361, de 2009. La primera creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), dando forma a una institucionalidad que a lo largo de una década de funcionamiento ha dado muestras importantes de profesionalismo y seriedad en la aplicación de la ley. La segunda, incorporó a nuestra legislación herramientas que las jurisdicciones más avanzadas contemplan en el combate a la colusión, la conducta que produce los efectos más graves en contra de la libre competencia y los consumidores; la delación compensada, el alza en el tope máximo de las multas hasta un monto de 30.000 unidades tributarias anuales (UTA) y, en especial, las facultades de investigación que dicha ley le confirió a la Fiscalía Nacional Económica (FNE) han permitido que ésta haya podido detectar conductas colusivas que merecen el más grave reproche.

No obstante la positiva evolución experimentada por nuestro sistema, la aplicación práctica de la ley y la experiencia comparada dan cuenta que Chile requiere efectuar algunos ajustes en su institucionalidad a fin de prevenir y sancionar adecuadamente las prácticas anticompetitivas. Recogiendo dicha preocupación, en mi Programa de Gobierno se propuso gran parte de las reformas que se plasman en este proyecto de ley.

Asimismo, cabe resaltar que la gran mayoría de estos cambios legales también fueron promovidos a través del Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia, de julio de 2012.

La defensa de la libre competencia es esencial para el desarrollo de Chile. Ella garantiza la existencia de mercados en los cuales impere una competencia basada en los méritos, que permita que las empresas ofrezcan bienes y servicios de mejor calidad, mayor variedad,

innovadores y al menor precio posible. Asimismo, propicia una sociedad más justa y democrática, en la cual exista confianza en los mercados y en que quienes cuenten con poder económico no se aprovechen del mismo para cometer abusos que generan serios daños a todos los chilenos.

II. CONTENIDO DEL PROYECTO.

1. Reformas en materia de colusión

La colusión entre competidores ha sido unánimemente reconocida como la conducta más dañina en contra de la libre competencia. En esa línea, nuestra Excm. Corte Suprema ha afirmado: *“Que la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas”* (Sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 29 de diciembre de 2010, dictada en autos rol 1746-2010).

Si bien la ley N° 20.361 introdujo en nuestro ordenamiento jurídico una serie de modificaciones tendientes a combatir de forma más adecuada a la colusión, a 5 años de la entrada en vigencia de dicha reforma resulta necesario introducir otros cambios en el sistema de defensa de la libre competencia, que permitan disuadir y sancionar a quienes atentan en contra de las bases de la economía de mercado, renunciando a competir.

a. Aumento del monto máximo de las multas

Como sanción a quienes participen de la comisión de un ilícito de colusión, el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (en adelante “Ley de Defensa de la Libre Competencia”) contempla, en su artículo 26 inciso segundo literal c), la aplicación de multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a 30.000 UTA (treinta mil unidades tributarias anuales), equivalentes aproximadamente a US\$ 25.000.000 (veinticinco millones de dólares de los Estados Unidos de América).

Dicho tope máximo específico y diferenciado de las demás conductas anticompetitivas, que sólo pueden sancionarse con multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a 20.000 UTA (veinte mil unidades tributarias anuales), fue introducido por la ley N° 20.361.

Transcurridos 5 años de vigencia de dicha ley, se ha constatado que el citado tope máximo puede resultar insuficiente como herramienta para disuadir la comisión de ilícitos anticompetitivos. Tal y como lo ha señalado nuestra Excm. Corte Suprema, la multa debe implicar al infractor al menos un costo mayor al beneficio esperado de haber infringido la ley (Sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 2 de junio de 2010, dictada en autos rol 277-2010).

A fin de asegurar que las multas puedan ser efectivamente disuasorias de conductas anticompetitivas, resulta necesario

establecer un límite máximo flexible que permita al Tribunal aplicar una multa superior al beneficio económico obtenido por los infractores y que, para aquellos casos en que resulte sumamente complicado determinar dicho beneficio, se le autorice al Tribunal a fijar las multas basándose en estándares que se han considerado por el derecho comparado y la literatura como una aproximación certera de tales beneficios.

De esta manera, el proyecto propone que el monto máximo de la multa ascienda hasta una suma equivalente al doble del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción, si es que éste puede ser claramente determinado por el Tribunal, o, en caso contrario, al 30% de las ventas del infractor correspondientes al período durante el cual la infracción se haya prolongado.

Estos criterios han sido contemplados en las legislaciones con mayor tradición en materia de libre competencia, tales como la estadounidense y la europea. La primera considera como límite máximo para las multas el doble de la ganancia obtenida por el infractor o el doble de la pérdida causada a las víctimas, y la segunda se refiere a hasta un 30% del valor de las ventas multiplicado por el número de años que haya durado la infracción.

De aprobarse esta propuesta, nuestro sistema de defensa de la libre competencia contará con las herramientas adecuadas que permitan aplicar multas que sean suficientes tanto desde un punto de vista preventivo como sancionatorio, que es lo que, sin lugar a dudas, corresponde para el caso de actos que atentan tan gravemente en contra de la libre competencia en los mercados.

b. Prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la Administración del Estado

Dada la gravedad de las conductas de colusión, se propone introducir en el literal d) del artículo 26 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, como una sanción adicional para estos casos, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la Administración del Estado hasta por el plazo de 5 años contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

De esta manera, quien haya sido parte en un cartel no podrá beneficiarse de la obtención de recursos públicos que nos pertenecen a todos los chilenos.

c. Fortalecimiento de la delación compensada

La delación compensada fue introducida a nuestra legislación por la ley N° 20.361. Se trata de una herramienta esencial en la lucha contra los carteles, que ha resultado muy eficaz en el derecho comparado.

Tal y como se encuentra consagrada en el artículo 39 bis de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, quien sea parte en una

colusión podrá acceder a una exención o reducción de la multa cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.

A 5 años de la entrada en vigencia de la ley N° 20.361 y considerando la aplicación práctica que ha tenido la delación compensada, resulta imprescindible efectuar algunas modificaciones que permitan que ésta funcione de manera eficaz, generando los incentivos y la certeza suficiente para permitir la desarticulación de carteles.

Es necesario establecer que el espectro de las sanciones respecto de las cuales puede otorgarse una exención o reducción debe ser más amplio que la multa. En consecuencia, se propone que el ejecutor de la conducta que primero aporte antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica pueda acceder a la exención de la disolución establecida en el literal b) del artículo 26 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia – en el caso de ser una persona jurídica de derecho privado -, de la multa contemplada en el literal c) del artículo 26 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia y de la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la Administración del Estado regulada en el nuevo literal d) del artículo 26 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia que el proyecto propone introducir.

Asimismo, en consideración a la propuesta de criminalización contenida en el Artículo Segundo de este proyecto de ley, también resulta pertinente conferir el beneficio de exención de responsabilidad criminal al primero que aporte antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica. En especial, este último beneficio, limitado a quien primero comparezca ante la Fiscalía, debiera constituirse en un significativo aliciente para que la delación compensada opere de manera eficaz.

Por otra parte, para el resto de los ejecutores de la colusión, se contempla la posibilidad de que accedan a una reducción de la multa y/o de la prohibición de contratar antes referidas. Con el objeto de dotar de mayor flexibilidad a la Fiscalía en el otorgamiento del beneficio de reducción de la multa, se elimina la restricción de que ésta no pueda ser superior al 50% de la mayor multa solicitada para los demás ejecutores de la conducta que no puedan acogerse a los beneficios reglamentados en el artículo 39 bis de la Ley de Defensa de la Libre Competencia.

Finalmente, con el propósito de resguardar la confidencialidad de la solicitud de delación compensada, resulta importante aclarar que ésta no tendrá el carácter de información o hecho esencial para los efectos de la ley N° 18.045 de Mercado de Valores.

d. Eliminación de la exigencia de que el acuerdo o la práctica concertada confieran poder de mercado para sancionar ilícitos de colusión y ajuste del tipo infraccional de colusión a las hipótesis de los denominados “carteles duros”

El literal a) del inciso segundo del artículo 3° de la Ley de Defensa de la Libre Competencia exige que para sancionar un ilícito

de colusión, el acuerdo o la práctica concertada deben conferir poder de mercado a los competidores que participen en él. Si se analiza el derecho comparado, tanto en las jurisdicciones de mayor tradición – tales como Estados Unidos de América, la Comunidad Europea y Canadá – como en otras más nóveles pero también relevantes – tales como Australia, Brasil y México - esta exigencia probatoria resulta inédita.

En el derecho comparado se ha establecido que para el caso de los denominados carteles duros (*hardcore cartels*), que son aquellas colusiones en que competidores acuerdan fijar precios, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, sin que exista justificación pro competitiva alguna asociada al acuerdo, resulta suficiente, para que el acuerdo sea declarado como anticompetitivo y contrario a la ley, que se acredite su existencia y que verse sobre las variables esenciales de competencia antes mencionadas.

Dicho de otra manera, dado que se concibe a los carteles duros como prácticas manifiestamente anticompetitivas, los tribunales están autorizados a condenar a quienes incurran en ellas sin necesidad de que se realice un completo análisis del mercado relevante ni de su efecto anticompetitivo, siendo además improcedente que el requerido o demandado invoque defensas de eficiencia, que, en rigor, son inexistentes.

Una regulación de este tipo posee innegables ventajas para el sistema de defensa de la libre competencia. Por una parte, genera ahorros de costos, pues no resulta necesario destinar ingentes recursos para probar algo evidente, esto es, que la colusión tiene la aptitud de atentar en contra de la libre competencia. Por otra parte, entrega una clara señal a los agentes económicos en el sentido de que bajo ninguna circunstancia pueden incurrir en conductas que tan gravemente atentan contra la libre competencia en los mercados.

Por lo anteriormente expresado, el proyecto propone eliminar del literal a) del inciso segundo del artículo 3° de la Ley de Defensa de la Libre Competencia la expresión “que les confieran poder de mercado” así como las hipótesis de acuerdos o prácticas concertadas que consistan en fijar otras condiciones de comercialización distintas a los precios y excluir competidores, las cuales no siempre constituyen supuestos de los denominados carteles duros. Tales hipótesis podrán ser examinadas y sancionadas al alero del tipo consagrado en el inciso primero del artículo 3° de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, en cuanto convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, o que tienden a producir dichos efectos.

e. Criminalización de la colusión

En Chile, la Ley de Defensa de la Libre Competencia contempló desde el año 1959 al año 2003 la sanción de presidio menor en cualquiera de sus grados (61 días a 5 años) respecto de quienes atentaran en contra de la libre competencia. Esta sanción nunca se aplicó producto de la ausencia de una cabal conciencia acerca de la gravedad de estos ilícitos, así como de la falta de una institucionalidad

adecuada para hacer frente a casos de alta complejidad y, finalmente, fue derogada en el año 2003 por la ley N° 19.911.

Al proponer la derogación de las normas que planteaban una faz criminal para los ilícitos anticompetitivos, el mensaje presidencial que inició la tramitación del proyecto de ley que culminó en la dictación de la ley N° 19.911 dio como razones para la eliminación del carácter penal: de una parte, la falta de especificación de las conductas anticompetitivas, lo cual no cumpliría con los estándares exigidos por el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República; y de otra, la estimación de que la criminalización no habría sido idónea para disuadir las conductas contra la libre competencia.

Sin embargo, a más de 10 años de la referida derogación, es posible constatar la necesidad y legitimidad de volver a criminalizar conductas anticompetitivas, esta vez únicamente limitado a la colusión y, particularmente, a aquellos casos que en el derecho de la competencia se consideran como carteles duros. Como se señaló, este tipo de conductas son manifiestamente anticompetitivas y, de esta manera, son los únicos comportamientos en el derecho de la competencia en los que es posible generar una convicción más allá de toda duda razonable en cuanto a que se cometió el hecho punible objeto de la acusación y que en él correspondió al acusado una participación culpable y penada por la ley.

Asimismo, la consagración de un tipo específico de colusión en el Código Penal como el que se propone en esta iniciativa asegurará el cumplimiento de los estándares contemplados en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República.

Durante los últimos años, la sociedad chilena ha podido tomar conciencia acerca del inmenso daño que la colusión causa a los mercados y a los agentes económicos que actúan en ellos, en especial los consumidores. En efecto, se trata de conductas que no sólo generan efectos patrimoniales adversos de inmensa magnitud para las víctimas, sino que además defraudan la confianza de los chilenos en la economía de mercado. En ese contexto, no resulta justificable que conductas que tienen una significación económica y disvalor social sustancialmente menores que los carteles duros sean tipificadas como delitos penales, mientras que la colusión no lo sea.

Desde un punto de vista disuasorio, la criminalización de la colusión constituirá un avance sustancial dirigido a incentivar a que los ejecutivos de las empresas, quienes son los que toman la decisión de ser parte de un acuerdo colusorio, se comporten de acuerdo a los principios más básicos que inspiran la libre competencia y opten por no involucrarse ellos ni a sus empresas en estas prácticas tan reprobables.

En las jurisdicciones con mayor tradición histórica en materia de defensa de la libre competencia, la colusión es sancionada con penas de cárcel equivalentes a las que se proponen en este proyecto. Así, Canadá y los Estados Unidos de América, que son los países en que más tempranamente se dictaron leyes de defensa de la competencia, sancionan

con hasta 14 años y 10 años de prisión, respectivamente, a quienes cometan el delito de colusión. Por su parte, existe una tendencia creciente de países que han adoptado penas de cárcel en contra de los partícipes de una colusión, tales como Australia y México, que también contemplan una pena de hasta 10 años de prisión.

En consideración a lo señalado y habiendo tenido a la vista y analizado las diversas mociones parlamentarias que existen en relación con esta materia, tales como los boletines N° 6.438-03, cuyos autores fueron los en ese entonces H. Diputados Enrique Accorsi, Ramón Farías, Felipe Harboe, Marco Antonio Núñez, Gabriel Silber, y Patricio Vallespín, y las H. Diputadas María Antonieta Saa y Ximena Vidal; N° 6.439-07, ingresado por las en ese entonces H. Diputadas Isabel Allende y Denise Pascal, y los H. Diputados Alfonso De Urresti, Marcelo Díaz, Francisco Encina, Fidel Espinoza, Carlos Montes, Iván Paredes, Fulvio Rossi y Marcelo Schilling; N° 6.442-03, cuyos autores fueron los en ese entonces H. Senadores Carlos Bianchi y Adolfo Zaldívar; N° 6.454-07, ingresado por los en ese entonces H. Senadores Carlos Cantero, Andrés Chadwick, Alberto Espina, José García y Antonio Horvath; N° 8.088-03, cuyos autores corresponden a los en ese entonces H. Senadores Camilo Escalona y Eduardo Frei; N° 8.822-07, ingresado por los en ese entonces H. Diputados Pedro Pablo Álvarez-Salamanca, Nino Baltolu, Eugenio Bauer, Sergio Bobadilla, Cristián Campos, Javier Hernández, Celso Morales, Iván Norambuena e Ignacio Urrutia, y por la H. Diputada Karla Rubilar; N° 9.028-03, cuyos autores son los H. Senadores Guido Girardi, Ricardo Lagos, Jaime Quintana y Eugenio Tuma; y N° 9.046-03, ingresado por las en ese entonces H. Diputadas Cristina Girardi, Adriana Muñoz, Claudia Nogueira, Marcela Sabat y Alejandra Sepúlveda, y por los en ese entonces H. Diputados Enrique Accorsi, Juan Luis Castro, Hugo Gutiérrez, José Pérez y Gabriel Silber; el proyecto propone en su Artículo Segundo introducir en el Código Penal los nuevos artículos 286 bis a 286 quáter.

En el nuevo artículo 286 bis del Código Penal se tipifica el delito de colusión. La descripción de la conducta se refiere únicamente a los denominados “carteles duros”. De esta manera, se castiga a quien celebre, implemente, ejecute u organice acuerdos, convenciones, contratos o convenios que involucren a dos o más competidores entre sí, persiguiendo cualquiera de los propósitos siguientes: fijar el precio al que sean ofrecidos o demandados bienes o servicios en uno o más mercados; limitar la producción o provisión de bienes o servicios; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de un mercado de bienes o servicios; o afectar el resultado de licitaciones públicas o privadas convocadas por órganos de la Administración del Estado, por empresas públicas creadas por ley, por empresas en las que el Estado tenga participación o en las que el Estado haya aportado subvenciones o fondos públicos destinados a la adquisición del objeto de la licitación.

Tanto para los ejecutivos que celebren, implementen o ejecuten esta clase de acuerdos colusorios, como para las personas naturales que los organicen, tales como directivos de asociaciones gremiales o asesores de las empresas competidoras, se establece una pena principal de crimen, esto es, reclusión mayor en su grado mínimo (5 años y

un día a 10 años). Asimismo, para las mismas personas naturales, se establece una pena accesoria de inhabilitación absoluta para desempeñar cargos u oficios públicos, cargos de director o gerente en empresas del Estado, cargos de director o gerente en sociedades anónimas abiertas, así como cualquier cargo directivo en asociaciones o colegios profesionales, por un plazo de cinco años contados desde que la sentencia definitiva quedare ejecutoriada.

Las penas contempladas en esta propuesta han sido determinadas en proporción a los severos daños que estas conductas fraudulentas causan a una gran cantidad de personas al lesionarse la fe pública, la institucionalidad económica y el bien jurídico de la libre competencia. El objetivo que se persigue es generar una disuasión efectiva, impidiéndose que los responsables de estas conductas puedan acceder a salidas alternativas en el procedimiento o a penas sustitutivas a la privación de libertad.

En el nuevo artículo 286 ter del Código Penal se establece que estará exento de responsabilidad criminal el que primero hubiere aportado antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica y accedido así a los beneficios establecidos en el inciso tercero del artículo 39 bis. De esta manera, el primer delator ante la Fiscalía Nacional Económica, que cumpla con todos los requisitos establecidos en la ley, podrá eximirse de responsabilidad penal. Así, se configura un poderoso incentivo para que los ejecutivos que se vean involucrados en esta clase de ilícitos comparezcan oportunamente ante la Fiscalía Nacional Económica y aporten antecedentes precisos, veraces y comprobables que permitan acreditar la colusión ante los tribunales que correspondan.

Por último, en el nuevo artículo 286 quáter del Código Penal se regula el ejercicio de la acción penal, disponiendo que las investigaciones de hechos constitutivos del delito de colusión sólo podrán ser iniciadas por querrella de la Fiscalía Nacional Económica.

En el caso en que los hechos constitutivos del delito de colusión pudieren ser sancionados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el Fiscal Nacional Económico podrá interponer la respectiva querrella y/o presentar requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Es decir, corresponderá exclusivamente al Fiscal Nacional Económico decidir en qué casos de eventuales colusiones corresponde perseguir a los infractores por la vía infraccional, criminal o ambas conjuntamente. La lógica que debiera imperar en estas materias es que en aquellos casos de alto impacto para los mercados, en que la Fiscalía Nacional Económica reúna evidencia relativa a la existencia de una colusión, valiéndose de las facultades especiales de investigación contempladas en el literal n) del artículo 39 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, o de la información brindada por medio de la delación compensada establecida en el artículo 39 bis del mismo cuerpo normativo, presente un requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en contra de las empresas que se han coludido y, a su vez, una querrella criminal en contra de las personas naturales que han celebrado, implementado, ejecutado u organizado la colusión, a fin de que se sancione a los responsables con la

severidad que en derecho corresponda.

2. Control preventivo y obligatorio de fusiones u operaciones de concentración

Un segundo eje de esta reforma está constituido por el establecimiento de un control preventivo y obligatorio de fusiones u operaciones de concentración.

En el derecho de la competencia, las fusiones u operaciones de concentración consisten en todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos previamente independientes entre sí dejen de serlo, en cualquier ámbito de sus actividades. Usualmente, se trata de uniones entre empresas o adquisiciones de una empresa o de sus activos por parte de otra, en las cuales disminuye o cesa la independencia existente entre los agentes económicos que participan de la operación.

Para los efectos de determinar la licitud de estas operaciones, las autoridades de libre competencia efectúan un análisis en el cual se contrastan las eficiencias con los riesgos anticompetitivos que la operación puede producir. En aquellos casos en que la operación aún no se ha perfeccionado, se trata de un estudio esencialmente prospectivo, en el cual se pronostican tanto las eficiencias como los riesgos anticompetitivos que la operación puede generar; en ese contexto, la dimensión preventiva del derecho de la competencia toma fuerza y se constituye como un elemento fundamental para anticiparse a la materialización de los riesgos anticompetitivos asociados a la operación, que pueden ser unilaterales o de coordinación, y que pueden afectar a consumidores y competidores, en especial aquellos de menor tamaño.

Un sistema institucional de control de fusiones u operaciones de concentración ha sido considerado como una herramienta indispensable de un régimen eficaz de defensa de la libre competencia. La primera jurisdicción que optó por establecer un control de carácter preventivo y obligatorio de aquellas operaciones más relevantes fue los Estados Unidos de América, en el año 1976. Con el tiempo, la decisión de contar con un control preventivo y obligatorio se ha ido expandiendo por el mundo y, hoy en día, la inmensa mayoría de los países cuentan con esta clase de normativa.

En julio de 2014, el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, publicó el Informe preparado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) titulado “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”. En él, la OCDE identifica y evalúa los principales problemas del régimen de control de fusiones vigente en Chile y propone recomendaciones para su perfeccionamiento a la luz de las mejores prácticas internacionales.

En su evaluación, la OCDE expresa que: “La principal conclusión de este informe es que el actual régimen de control de operaciones de concentración carece de transparencia, seguridad jurídica y predictibilidad, elementos claves para un eficaz sistema de control de

concentraciones. Las principales razones de la situación actual en Chile son: la falta de disposiciones legales para el control de concentraciones, la carencia de criterios jurisdiccionales claros, el que el control esté sujeto a procedimientos generales antimonopolios que no fueron diseñados para tales fines y la ausencia de facultades específicas entre la FNE y el TDLC”.

Con el objeto de dotar a nuestro sistema de defensa de la libre competencia de un régimen de control de operaciones de concentración que otorgue garantías a todos los actores involucrados, que resuelva en forma transparente y predecible los casos que lleguen a su conocimiento y que transmita seguridad jurídica a quienes pretenden llevar a cabo importantes proyectos de negocios, con esta iniciativa nos hacemos cargo de las recomendaciones formuladas por la OCDE, proponiendo que Chile adopte los mejores estándares y prácticas en la materia.

a. Inclusión de un régimen específico de control de operaciones de concentración en la Ley de Defensa de la Libre Competencia

Bajo la ley vigente, Chile no cuenta con un régimen específico para el control de operaciones de concentración. Nuestra institucionalidad, acudiendo a las normas generales y aplicables a toda clase de ilícitos anticompetitivos, ha configurado un control de operaciones de concentración que puede considerarse como “semi-voluntario”, en el que las operaciones son sometidas al conocimiento del TDLC por las partes, la FNE o a instancias de terceros ajenos a la operación, ya sea a través de la vía de una consulta (artículos 18 numeral 2) y 31 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia) – por regla general, antes de que la operación se haya perfeccionado-, o por la vía contenciosa por medio de un requerimiento de la FNE o de la demanda de algún particular – cuando la operación ya se encuentra perfeccionada (artículo 18 numeral 1) y 19 y siguientes de la Ley de Defensa de la Libre Competencia).

El régimen de control “semi-voluntario” vigente ha sido criticado por cuanto:

i. Produce una excesiva incerteza y falta de predictibilidad que no resultan adecuados para el desarrollo de proyectos de negocios de gran envergadura.

ii. La Fiscalía Nacional Económica no cuenta con las herramientas efectivas para detectar preventivamente todas las operaciones que sean riesgosas para la libre competencia.

iii. No existen incentivos suficientes para que las partes de una operación la sometan a control voluntariamente antes de su perfeccionamiento.

iv. Es altamente costoso para el sistema económico efectuar el control e implementar remedios una vez que las operaciones ya han sido perfeccionadas.

Acogiendo la recomendación de la OCDE, se propone incluir en la Ley de Defensa de la Libre Competencia un régimen específico de control de operaciones de concentración, que se establece en el nuevo Título IV denominado “De las operaciones de concentración”. Las reglas contenidas en dicho título dan cuenta de todos los aspectos necesarios para cumplir con los estándares que requieren la protección de la libre competencia y el desenvolvimiento eficiente de los negocios.

b. Definición de qué operaciones están sujetas al control de operaciones de concentración e incorporación de un sistema claro de notificación de dichas operaciones

En el proyecto se especifica en forma clara qué operaciones estarán sujetas al control de nuestro sistema de defensa de la libre competencia.

Para tal efecto, se define que se entenderá por operación de concentración todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos previamente independientes entre sí dejen de serlo, en cualquier ámbito de sus actividades.

El cese de la independencia de los agentes económicos que participan en la operación es el elemento esencial de toda operación de concentración. Con el objeto de ilustrar adecuadamente, tanto a la comunidad empresarial como a las autoridades que aplicarán esta ley, se precisan, a modo de ejemplo, algunos casos que se han de considerarse como cese de la referida independencia.

A continuación, la iniciativa señala qué operaciones de concentración son las que deberán notificarse a la FNE por los agentes económicos en forma previa a su perfeccionamiento. Se trata de aquellas que cumplan con los siguientes requisitos copulativos:

i. 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 verifica la notificación, montos iguales o superiores al umbral establecido mediante Reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, y;

ii. 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 verifica la notificación, por montos iguales o superiores al umbral establecido mediante Reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Los denominados umbrales que originarán el deber de notificar la operación a la FNE se propone que sean fijados por un Reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. El propósito es otorgarle al nuevo régimen la flexibilidad necesaria que le permita adaptar en forma rápida los umbrales en caso de que la experiencia práctica demuestre que éstos fueron fijados por encima o por debajo de la

cifra óptima, generando un riesgo de falta o exceso de control, respectivamente. En esa misma línea, se establece un deber para la FNE de informar anualmente, tanto al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo como al público en general, los antecedentes que sean necesarios para adecuar los umbrales vigentes a fin de garantizar el correcto funcionamiento del sistema.

Otra definición relevante en esta materia es la de agente económico. El proyecto plantea que se entenderá por agente económico toda entidad, o parte de ella, cualquiera sea su forma de organización jurídica o aún cuando carezca de ella, que desarrolle o haya desarrollado directa o indirectamente actividades empresariales, ofreciendo o demandando bienes o servicios. Se considerará asimismo como un agente económico al conjunto de activos tangibles o intangibles, o ambos, que permitan el desarrollo de una actividad empresarial. Son los agentes económicos que hayan tomado parte de la operación o, en el caso de activos, las personas titulares de los mismos, los que estarán obligados a practicar la notificación de la operación a la FNE.

En la notificación deberán acompañarse los antecedentes necesarios para identificar la operación y a los agentes económicos que toman parte en la misma y su grupo empresarial, así como aquellos antecedentes que permitan evaluar preliminarmente los eventuales riesgos que la operación notificada pudiere significar para la libre competencia; la declaración de las partes dando cuenta de que, de buena fe, pretenden llevar a cabo la operación que se notifica; así como los demás antecedentes que detalle el Reglamento.

A los agentes económicos que proyecten concentrarse les asiste un deber de suspensión de la operación, consistente en que no podrán perfeccionarla desde el acto de su notificación hasta que se encuentre firme la resolución o sentencia que ponga término definitivo al procedimiento correspondiente.

En el caso de operaciones de concentración que no superen los umbrales que generan la obligación de notificarlas a la FNE, éstas igualmente podrán ser notificadas en forma voluntaria por los agentes económicos que proyectan concentrarse. En ese caso, las notificaciones voluntarias se sujetarán a las mismas reglas que las notificaciones obligatorias, en la medida en que la operación no se hubiere perfeccionado al momento de la notificación. Esta opción de notificar operaciones de concentración de forma voluntaria permitirá que aquellos agentes económicos que deseen que el sistema les otorgue certeza jurídica de que sus operaciones se ajustan a la libre competencia, puedan conseguirla.

Por otra parte, se establece que, en el caso de operaciones de concentración que no superen los umbrales que originan la obligación de notificar y que no hayan sido notificadas voluntariamente a la FNE, ésta podrá, dentro del plazo de 1 año contado desde el perfeccionamiento de la operación, instruir las investigaciones que estime procedentes, de conformidad con la letra a) del artículo 39 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia. Esta facultad permitirá asegurar que la

FNE podrá investigar las operaciones que puedan ser relevantes para el sistema y resulta especialmente necesaria en consideración a que Chile está dando un giro hacia un sistema de control preventivo y obligatorio en el cual una fijación de los umbrales que se concrete en una cifra superior a la óptima podría impedir que operaciones relevantes para el sistema sean analizadas oportunamente. Asimismo, el plazo de un año resulta absolutamente razonable para conferir certeza jurídica a los agentes económicos involucrados en la operación. La opción que se propone coincide exactamente con lo previsto en las leyes de competencia de Canadá, México y Brasil, y otorga mayor certeza que el régimen de los Estados Unidos de América, país en el que no se pone un límite de tiempo para las revisiones de operaciones que califiquen bajo los umbrales y no sean notificadas a las autoridades de competencia.

Cabe aclarar que terceros distintos de los agentes económicos que sean parte en la operación no podrán notificarla ni llevar a cabo acciones estratégicas que tengan por objeto paralizarla, sin perjuicio de su derecho de aportar antecedentes a la investigación que lleve a cabo la FNE.

Por último, es importante hacer presente que el establecimiento de un régimen de control preventivo y obligatorio de operaciones de concentración en caso alguno reduce la capacidad del sistema para revisar, por otras vías, fenómenos que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o puedan tender a ello, pero que no queden comprendidos por la definición de operación de concentración que el presente proyecto propone. En este sentido, acuerdos restrictivos entre competidores que no constituyan una fusión o asociación, o la adquisición de una participación en un competidor que no suponga el cese de la independencia entre competidores, seguirán sujetos a las reglas generales.

c. Establecimiento de un procedimiento eficiente, transparente, previsible y colaborativo para el análisis de las operaciones de concentración

La propuesta contempla un procedimiento con reglas claras que permitirá que el control de operaciones de concentración se desarrolle en forma fluida, pudiendo los agentes económicos que participen en el mismo conocer oportunamente los requerimientos de la autoridad y colaborar en el esclarecimiento de las dudas que puedan tenerse acerca de la existencia de riesgos anticompetitivos.

Se propone radicar el procedimiento de control de operaciones de concentración en la FNE. La determinación de los riesgos y eficiencias asociados a una operación de concentración requieren de un acceso ágil y flexible a la información del mercado en que las operaciones inciden. Asimismo, las medidas de mitigación deben poder ser discutidas y negociadas entre la autoridad y las partes, evaluando posibles alternativas y sopesando los efectos que quepa esperar de ellas en el mercado. La configuración institucional de un servicio de la Administración del Estado resulta la más idónea para el adecuado cumplimiento de estos objetivos. Ello, pues cuenta con mecanismos para obtener información de los

particulares en forma ágil, no enfrenta restricciones para dialogar y negociar desformalizadamente con los agentes económicos y, por último, porque no debe adoptar sus decisiones en forma colegiada.

El procedimiento propuesto consta de dos fases:

i. Una primera fase en la cual la FNE deberá rápidamente determinar si la operación merece ser investigada en virtud de eventuales riesgos anticompetitivos que pueda presentar, pudiendo solicitar información adicional y contando al efecto con un plazo de hasta 25 días desde que la notificación se considera completa por la propia FNE.

ii. Una segunda fase en la cual la FNE podrá investigar y analizar en profundidad la operación, contando con un plazo de hasta 90 días para evaluar la operación de concentración notificada.

En ambas fases, si la FNE no resuelve dentro del plazo que corresponda, se entenderá que la operación ha sido aprobada por el solo ministerio de la ley, operando un silencio administrativo positivo.

Durante el procedimiento, los agentes económicos que hayan notificado la operación podrán siempre solicitar a la FNE que les suministre información respecto del curso de la investigación, así como de los riesgos que la operación notificada pueda producir para la libre competencia.

Asimismo, los agentes económicos que hayan notificado la operación tendrán siempre derecho a ser oídos en el procedimiento, pudiendo manifestar a la FNE sus pareceres respecto de la operación de concentración notificada, de los antecedentes aportados por terceros a la investigación, de la investigación misma y de la información respecto del curso de la investigación que les hubiere sido suministrada por la FNE. También podrán proponer las diligencias investigativas que estimen pertinentes.

Por otra parte, los agentes económicos que hayan practicado la notificación tendrán siempre derecho a ofrecer a la FNE las medidas que estimen aptas para mitigar aquellos riesgos que la operación notificada pudiese producir para la libre competencia.

Todos estos derechos que asisten a los agentes económicos notificantes dan cuenta de un procedimiento transparente y que confiere las más amplias garantías para que éstos y la FNE solucionen de forma colaborativa los riesgos anticompetitivos que una operación puede engendrar.

Al término de la segunda fase del procedimiento, el Fiscal Nacional Económico deberá:

i. Aprobar la operación notificada en forma pura y simple, si es que llegare a la convicción de que la operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia;

ii. Aprobar la operación notificada, a condición de que se dé cumplimiento a las medidas ofrecidas por el notificante, si es que llegare a la convicción de que sujetándose la operación a tales medidas, ésta no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia; o

iii. Prohibir la operación notificada, cuando concluya que la misma cuenta con aptitud para reducir sustancialmente la competencia.

En contra de la resolución del Fiscal Nacional Económico que prohíba una operación, el notificante podrá promover, ante el TDLC, dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación de la referida resolución, un recurso de revisión especial, el que deberá ser fundado y cuyo procedimiento se regula en el nuevo artículo 31 bis propuesto. En contra de la sentencia que emita el TDLC no procederá recurso alguno, quedando la intervención de la Excma. Corte Suprema limitada al recurso de queja, que opera en forma excepcional para el caso que el Tribunal cometa faltas o abusos graves.

d. Adopción de un estándar sustantivo en virtud del cual las operaciones de concentración serán analizadas

La propuesta contempla un estándar sustantivo específico y diferenciado, que tanto la Fiscalía Nacional Económica como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia deberán aplicar al momento de resolver acerca de la operación. Dicho estándar consiste en la “reducción sustancial de la competencia” y es el que las jurisdicciones más desarrolladas en la materia aplican en la revisión de las operaciones de concentración.

El estándar sustantivo vigente contemplado en el inciso primero del artículo 3º de la Ley de Defensa de la Libre Competencia consistente en que el hecho, acto o convención “impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”, debe dar paso a uno más preciso para el caso de las operaciones de concentración, en las cuales resulta más difícil concluir su carácter anticompetitivo producto del balance entre eficiencias pro competitivas y riesgos anticompetitivos que es necesario realizar.

e. Presencia de herramientas de aplicación y sanciones adecuadas para garantizar la eficacia del régimen de control de operaciones de concentración

Por último, la propuesta de control de operaciones de concentración cubre aquellos aspectos que se consideran necesarios para garantizar la eficacia del nuevo régimen.

De esta forma, se introduce un nuevo artículo 3 bis en el cual se establece que podrán aplicarse las medidas del artículo 26 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, así como aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias, a quienes:

i. Infrinjan el deber de notificación de una operación de concentración contemplado en la ley, caso en el cual podrá aplicarse una multa a beneficio fiscal de hasta 20 UTA por cada día de retardo contado desde el perfeccionamiento de la operación de concentración;

ii. Contravengan el deber de suspensión de una operación de concentración que ha sido notificada a la FNE;

iii. No den cumplimiento a las medidas de mitigación de riesgos anticompetitivos con que se hubiere aprobado una operación de concentración; o

iv. Perfeccionen una operación de concentración en contra de lo dispuesto en la resolución o sentencia que hubiere prohibido dicha operación.

3. Mejores herramientas para evaluar la competencia en los mercados y solucionar fallas de mercado o fallas regulatorias

a. Nueva facultad de la Fiscalía Nacional Económica para realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados

En la ley vigente, la FNE carece de una atribución con la que cuentan las agencias de competencia más desarrolladas del mundo, consistente en efectuar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados.

Atendido que la FNE no puede llevar adelante tales estudios, le resulta extremadamente difícil adoptar medidas para solucionar contingencias que afectan a los mercados, típicamente fallas de mercado o fallas regulatorias, en las que la causa no se debe necesariamente a una conducta anticompetitiva que sea necesario sancionar.

Por ello, se propone dotar a la FNE de la facultad de realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados, para lo cual podrá recabar información tanto de particulares como de instituciones públicas.

Esta herramienta permitirá que la FNE pueda contribuir al desarrollo de mejores políticas públicas que tengan por objeto introducir mayor competencia en los mercados.

b. Traspaso de la facultad de efectuar recomendaciones de modificación normativa desde el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a la Fiscalía Nacional Económica

Como un necesario complemento a la facultad de

realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados que el proyecto otorga a la FNE, está la facultad de proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas. Esta facultad hoy se encuentra radicada en el TDLC de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4) del artículo 18 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia.

El proyecto propone trasladar dicha facultad a la FNE a fin de darle un curso más eficiente y expedito a tales propuestas, que se encontrarán debidamente fundadas en base a los estudios sobre la evolución competitiva de los mercados que lleve a cabo dicho organismo.

4. Aplicación de las acciones y el procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, consagradas en la ley N° 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, para reclamar indemnizaciones de perjuicios con motivo de infracciones a la libre competencia

Con el objeto de garantizar adecuadamente la posibilidad de que en casos de infracciones a la libre competencia, los consumidores afectados puedan ser efectivamente indemnizados de los perjuicios que se les causen, se propone que se apliquen las acciones y el procedimiento para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores reguladas en la ley N° 19.496, pudiendo interponerse las demandas civiles respectivas ante los tribunales ordinarios de justicia.

Esta propuesta planteada en el Artículo Tercero del proyecto recoge las mociones parlamentarias existentes en la materia, reflejadas en los boletines N° 6.461-03, ingresado por los en ese entonces H. Diputados Gonzalo Arenas, Marcelo Díaz, Tucapel Jiménez, Carlos Montes y Patricio Vallespín; N° 8.092-03, cuyos autores son los en ese entonces H. Diputados Sergio Aguiló, Gonzalo Arenas, Jorge Burgos, Lautaro Carmona, Fuad Chahín, Carlos Montes, René Saffirio y Matías Walker, y en ese entonces las H. Diputadas Carolina Goic y Alejandra Sepúlveda; y N° 8.979-03, ingresado por los H. Diputados Fuad Chahín, Ricardo Rincón, Patricio Vallespín, Mario Venegas y Matías Walker, y la en ese entonces H. Diputada Carolina Goic.

5. Sanciones para quienes entorpezcan las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica

Bajo la ley vigente no existen sanciones asociadas a quienes entorpezcan las investigaciones de la FNE, sino que únicamente el apremio de arresto contemplado en el artículo 42 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia. La falta de sanciones se ha traducido en que los investigados con frecuencia actúen de forma estratégica, dificultando el proceder de dicho órgano y haciendo excesivamente extensos e ineficientes

los procedimientos de investigación.

La práctica ha demostrado que resulta necesario hacer frente con sanciones específicas a aquellos casos en que se entrega información falsa, en que injustificadamente no se da respuesta a las solicitudes de información en forma total o parcial y en que injustificadamente no se comparece a declarar.

Por ello, se propone establecer penas de prisión para quienes proporcionen información falsa en el contexto de una investigación. Además, se contemplan multas para aquellos investigados que injustificadamente no respondan o respondan sólo parcialmente a las solicitudes de información efectuadas por la Fiscalía, y para quienes injustificadamente no comparezcan a declarar. Las penas de prisión serán impuestas por la justicia penal, en tanto que las multas serán aplicadas por el TDLC.

6. Ministros del Tribunal de Defensa de la Libre

Competencia

a. Dedicación exclusiva de los ministros titulares del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

En la actualidad los ministros del TDLC no están sujetos a un régimen de dedicación exclusiva en el ejercicio de sus funciones. La relevancia de esta función exige modificar el régimen de dedicación preferente hoy vigente, para concordarlo con las exigencias de trabajo y estándares de independencia de la inmensa mayoría de los jueces de la República.

La propuesta de transitar desde una dedicación preferente a una exclusiva ya fue debatida con motivo de la tramitación de la ley N° 20.361, planteándose que el exigir una dedicación exclusiva podría inhibir a profesionales de excelencia de desempeñarse como Ministro Titular del Tribunal. No obstante, aun cuando dicha preocupación pudiera resultar plausible, la experiencia de los últimos concursos de nombramiento llevados a cabo demuestra que existe un creciente interés de parte de un número cada vez más amplio de especialistas en la materia. Por su parte, con respecto a la remuneración prevista en la Ley de Defensa de la Libre Competencia para el cargo de Ministro Titular, el hecho que ésta sea equivalente a la del cargo de Fiscal Nacional Económico se estima que constituiría un monto lo suficientemente atractivo y proporcionado para la función.

La iniciativa propone establecer un régimen de dedicación exclusiva para los integrantes titulares del Tribunal. En consecuencia, los ministros no podrán prestar servicios de ningún tipo a personas naturales o jurídicas, o ejercer en cualquier forma aquellas actividades propias del título o calidad profesional que poseen. Lo anterior, es sin perjuicio de que el desempeño como integrante titular del Tribunal será compatible con los cargos docentes, hasta por 12 horas semanales, al igual como el límite aplicable al resto de los jueces de la República de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 261 del Código Orgánico de Tribunales.

b. Ajustes en normas sobre incompatibilidad de los ministros suplentes

Atendida la dedicación exclusiva que se propone para los ministros titulares del Tribunal, resulta necesario ajustar las normas sobre incompatibilidades que sólo regirán para los ministros suplentes que tendrán una dedicación parcial.

En ese contexto, se precisa que el desempeño del cargo de Ministro Suplente es incompatible con la condición de asesor o prestador de servicios profesionales en materias que digan relación con la libre competencia a personas naturales o jurídicas sometidas a la jurisdicción del Tribunal, considerándose también que asesora o presta servicios profesionales si percibe cualquier clase de remuneración, honorario o regalía de parte de personas naturales o jurídicas que asesoran o prestan servicios profesionales en dichas materias.

7. Otras modificaciones

a. Potestad consultiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

La potestad consultiva del TDLC establecida en el numeral 2) del artículo 18 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia ha sido una facultad tremendamente importante a la hora de otorgar certeza jurídica a los agentes económicos respecto de si hechos, actos o contratos, existentes o por celebrarse, se ajustan a la normativa sobre defensa de la libre competencia. En el ámbito de dicha potestad, el Tribunal puede fijar condiciones que deben ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos, a fin de que no infrinjan la libre competencia.

En la actualidad esta potestad es utilizada para controlar toda clase de hechos, actos o contratos, incluyendo las fusiones u operaciones de concentración. Dada la propuesta contenida en esta iniciativa, que incluye un control preventivo y obligatorio de operaciones de concentración, resulta necesario exceptuar del ámbito de competencia de la potestad consultiva a las operaciones de concentración.

Asimismo, con el objeto de clarificar la legitimidad activa para el ejercicio de la potestad consultiva, se propone que sólo quienes sean parte en los hechos, actos o contratos, o el Fiscal Nacional Económico en su calidad de representante del interés general de la colectividad en el orden económico, puedan plantear una consulta ante el TDLC.

De esta manera, la potestad consultiva del TDLC podrá seguir siendo adecuadamente utilizada para los efectos de otorgar certeza jurídica en los mercados a aquellos agentes económicos que la requieran.

b. Prescripción de multas e imprescriptibilidad

de medidas que se determinen para pre-venir, corregir o sancionar un atentado a la libre competencia

La ley vigente establece que las medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar un atentado a la libre competencia, prescriben en dos años, contados desde que se encuentre firme la sentencia definitiva que las imponga.

Esta norma ha ocasionado dudas en el sistema a la hora de exigir el cumplimiento de medidas que resultan indispensables para remover los efectos contrarios a la libre competencia de un hecho, acto o contrato, tales como la modificación de una cláusula contractual contraria a la libre competencia, así como de aquellas que son esenciales para restablecer la competencia en los mercados, como es el caso de una medida de desinversión.

Con el objeto de preservar la eficacia de dichas medidas, la iniciativa propone que únicamente las multas que se impongan con motivo de infracciones a la Ley de Defensa de la Libre Competencia prescriban en el plazo de dos años contados desde que se encuentre firme la sentencia definitiva que las imponga.

c. Procedencia del recurso de reclamación en contra de informes emitidos por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

A fin de garantizar un adecuado control de los informes que emita el TDLC con motivo de las facultades que le confieren leyes especiales, el proyecto propone que quien resulte agraviado pueda impugnar el respectivo informe a través del recurso de reclamación contemplado en el artículo 27 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia. De esta manera, la Excmá. Corte Suprema podrá revisar la legalidad de lo resuelto por el Tribunal.

d. Aumento de derechos para los investigados por la Fiscalía Nacional Económica

Para garantizar de mejor manera el debido proceso en el contexto de los procedimientos de investigación que se desarrollen ante la FNE, la iniciativa propone que, con excepción de aquellas investigaciones que tengan el carácter de reservadas de acuerdo a lo determinado en la ley, los afectados tendrán acceso a las investigaciones que se sigan en su contra, sin perjuicio de aquellas piezas del expediente declaradas reservadas o confidenciales.

e. Regulación del procedimiento de reclamo contemplado en el literal n) del artículo 39 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia

En la tramitación de casos de colusión iniciados por requerimiento de la FNE, fundados en las facultades especiales de investigación establecidas en el literal n) del artículo 39 de la Ley de Defensa

de la Libre Competencia, se ha constatado el uso estratégico del reclamo establecido en el párrafo sexto de dicha disposición por parte de algunas empresas requeridas con el propósito de dilatar el procedimiento que se sigue ante el TDLC.

La norma vigente carece de una regulación procesal que determine claramente un plazo de preclusión para el reclamo, los recursos que procedan en contra de la sentencia del Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones, entre otros aspectos. Con el objeto de corregir estas deficiencias, se propone una regulación que se espera confiera certeza procesal tanto a los investigados como a la FNE, y que permita que el reclamo sea ejercido para el fin genuinamente concebido por el legislador.

f. Eficacia de los acuerdos extrajudiciales respecto de terceros

La ley N° 20.361 le otorgó a la FNE la facultad de suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados.

Esta herramienta ha sido crecientemente utilizada por la FNE y ha probado ser un medio eficaz para proveer al sistema de un mecanismo de solución alternativo a la litigación, que permite rápidamente prevenir y corregir los efectos anticompetitivos de una conducta investigada.

Sin embargo, el párrafo segundo del literal ñ) del artículo 39 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia ha limitado su eficacia únicamente a las partes que comparezcan al acuerdo. Dicha restricción ha implicado un desincentivo a la celebración de esta clase de acuerdos, puesto que en varias oportunidades los investigados no desean arriesgar la posibilidad de que terceros los demanden ante el TDLC.

La circunstancia de que la FNE, en su calidad de representante del interés general de la colectividad en el orden económico, celebre estos acuerdos, debe ser considerada como una garantía suficiente de que los derechos de terceros quedarán resguardados en materia de libre competencia. Por ello, se propone introducir una clarificación en cuanto a que las resoluciones del TDLC que aprueben los acuerdos extrajudiciales producirán efectos respecto de terceros.

En definitiva, el presente proyecto constituye una oportunidad histórica para perfeccionar nuestra institucionalidad de defensa de la libre competencia y dotarla de los más altos estándares que permitan conciliar el legítimo interés de todos los actores que se desempeñan en los mercados, permitiendo que en ellos rija una competencia libre, basada en los méritos y que maximice los beneficios de competidores y consumidores por la vía de prevenir, corregir y sancionar adecuadamente los atentados a la libre competencia.

DISCUSIÓN EN GENERAL

La Comisión de Economía realizó una serie de audiencias, escuchando la opinión de distintos actores en relación al proyecto en informe.

- - - -

En sesión de 23 de noviembre de 2015, la Comisión escuchó al Ministro de Economía, Fomento y Turismo, señor Luis Felipe Céspedes, y al Fiscal Nacional Económico, señor Felipe Irarrázabal.

El **Fiscal Nacional Económico, señor Felipe Irarrázabal**, indicó, a modo de introducción inicial, que se trata de un proyecto de ley muy completo, dentro del cual es posible distinguir los siguientes 4 ejes:

-El primero, y en su opinión, el más relevante, es el control de fusiones.

-Otro eje importante del proyecto de ley es el aumento de las sanciones en los casos de infracciones a la libre competencia.

-Un tercer eje también relevante, es el relativo a los estudios de mercado.

-Finalmente, y relacionado con el aumento de las sanciones en los casos de infracciones a la libre competencia, destacó que el proyecto consagra un tipo penal para casos de carteles duros, al cual le aplica una pena privativa de libertad de presidio mayor en su grado mínimo, es decir, de cinco años y un día a 10 años, contemplando que exista privación de libertad efectiva de al menos un año. Lo anterior, es una suerte de aplicación de una norma equivalente de la Ley Emilia.

Es del caso advertir, que, en la sesión siguiente que celebró la Comisión, el señor Fiscal Nacional Económico desarrolló en detalle los fundamentos y objetivos del proyecto, así como los ejes del mismo.

Luego, **el Ministro de Economía, Fomento y Turismo, señor Luis Felipe Céspedes**, señaló que la defensa de la libre competencia es esencial para el desarrollo de Chile:

- Garantiza mercados en los cuales impera la competencia basada en productividad.

- Propicia que las empresas ofrezcan bienes y servicios de mejor calidad, mayor variedad, más innovadores y al menor precio posible.

- Fomenta una sociedad más justa y democrática, en la cual exista confianza en los mercados.

La competencia en los mercados es indispensable para alcanzar el desarrollo económico.

Competencia Doméstica		Intensidad de la Competencia	
País	Ranking	País	Ranking
Singapore	1	Japan	1
New Zealand	2	Taiwan, China	2
Malaysia	3	Malta	3
Netherlands	4	Hong Kong SAR	4
Switzerland	5	United Kingdom	5
Hong Kong SAR	6	Belgium	6
Luxembourg	7	Australia	7
Taiwan, China	8	United States	8
Canada	9	Turkey	9
Ireland	10	Germany	10
Chile	29	Chile	24

Fuentes: Banco Mundial & World Economic Forum (2015)

Recordó las últimas modificaciones a nuestro sistema de defensa de la libre competencia:

1. Ley N° 19.911 de 2003 que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, derogó la pena de prisión para ilícitos anticompetitivos y subió las multas por infracciones anticompetitivas desde 10.000 UTM a 20.000 UTA.
2. La ley N° 20.361 de 2009 que confirió a la Fiscalía Nacional Económica facultades especiales de investigación para colusión, creó la delación compensada y subió las multas por colusión desde 20.000 UTA a 30.000 UTA.

Luego, señaló que el proyecto propone una reforma madura para llevar nuestra institucionalidad a los más altos estándares internacionales. En tal sentido se refirió a los siguientes informes sobre la materia:

- Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia de 2012.

- Informe de la OCDE Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile de 2014.

- Informe de la OCDE sobre Estudios de Mercado de 2015.

A continuación, se refirió a los ejes del proyecto de ley del Gobierno, que presentó a tramitación legislativa en marzo de 2015. Estos son los siguientes:

- Fortalecimiento de las herramientas para combatir la colusión.

- Nuevo régimen de control de operaciones de concentración o fusiones.

- Protección de los derechos de los consumidores.

- Nueva facultad de la FNE para estudiar la evolución competitiva de los mercados.

- Sanciones para quienes entorpezcan las investigaciones de la FNE.

Realizó los siguientes comentarios sobre el fortalecimiento de las herramientas para combatir la colusión:

1. CRIMINALIZACIÓN DE LA COLUSIÓN.

-Derecho comparado.

Desde un punto de vista disuasorio, la criminalización de la colusión constituirá un avance sustancial dirigido a disuadir a los ejecutivos de las empresas.

En las jurisdicciones con mayor tradición histórica en materia de defensa de la libre competencia, la colusión es sancionada con penas de cárcel equivalentes a las que se proponen en este proyecto.

En otros países existe una tendencia reciente de adoptar penas de cárcel en contra de los partícipes de una colusión.

-El tipo penal.

Habiendo analizado las diversas mociones parlamentarias existentes, se propone introducir un tipo especial de colusión en el nuevo artículo 286 bis del Código Penal, castigándose a quien celebre,

implemente, ejecute u organice acuerdos, convenciones, contratos o convenios que involucren a dos o más competidores entre sí, persiguiendo cualquiera de los propósitos siguientes:

- Fijar el precio al que sean ofrecidos o demandados bienes o servicios en uno o más mercados;
- Limitar la producción o provisión de bienes o servicios;
- Dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de un mercado de bienes o servicios; o
- Afectar el resultado de licitaciones públicas o privadas convocadas por órganos de la Administración del Estado, por empresas públicas creadas por ley, por empresas en las que el Estado tenga participación o en las que el Estado haya aportado subvenciones o fondos públicos destinados a la adquisición del objeto de la licitación.

-Sobre el tipo penal.

Explicó que el tipo penal se remite a acuerdos explícitos que involucren a competidores entre sí. Esta es la forma de tipificación utilizada en las legislaciones comparadas. La lógica es que los acuerdos tácitos o prácticas concertadas son usualmente acreditados a través de indicios y prueba económica, lo cual generaría dudas a la hora de cumplir con el estándar probatorio penal de “más allá de toda duda razonable”.

El tipo penal únicamente se refiere a las hipótesis de “carteles duros”, que son los únicos en los cuales es posible alcanzar una convicción absoluta acerca de la anticompetitividad de la conducta.

-La pena.

El proyecto considera establecer una pena principal de crimen, esto es, presidio mayor en su grado mínimo (5 años y un día a 10 años).

Asimismo, establece una pena accesoria de inhabilitación absoluta para desempeñar cargos u oficios públicos, cargos de director o gerente en empresas del Estado, cargos de director o gerente en sociedades anónimas abiertas, así como cualquier cargo directivo en asociaciones o colegios profesionales, por un plazo de cinco años contados desde que la sentencia definitiva quedare ejecutoriada.

Contempla pena privativa de libertad efectiva por a lo menos 1 año.

-Sobre la delación compensada.

En el nuevo artículo 286 ter se establece que estará exento de responsabilidad criminal el que primero aporte antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica y haya accedido a los beneficios de la delación compensada.

De esta manera, solo el primer delator ante la Fiscalía Nacional Económica, que cumpla con todos los requisitos establecidos en la ley, podrá eximirse de responsabilidad penal.

Se potencian los incentivos para autodenunciarse y poner fin al cartel. Asimismo, se posibilita que un ejecutivo se desmarque de la empresa y denuncie la colusión.

Se dota a la delación compensada de la certeza jurídica necesaria para que funcione como el instrumento más poderoso a la hora de desbaratar carteles.

-Ejercicio de la acción penal.

En el nuevo artículo 286 quáter se regula el ejercicio de la acción penal, disponiendo que las investigaciones de hechos constitutivos del delito de colusión sólo puedan ser iniciadas por querella de la Fiscalía Nacional Económica.

En caso de que el Fiscal Nacional Económico decidiera interponer querella en relación con hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis y presentar requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, deberá hacerlo simultáneamente una vez terminada la investigación respectiva.

2. AUMENTO DEL MONTO MÁXIMO DE LAS MULTAS.

Actualmente existen topes máximos fijos para las multas: Colusión 30.000 UTA (US\$23,2MM) Otras infracciones 20.000 UTA (US\$15,5MM)

Tales montos son insuficientes para disuadir los ilícitos más graves. Ej.: Caso Pollos: US\$ 57 MM de multas v/s US\$ 1.500 MM de sobreprecio.

Las multas efectivamente disuasorias deben tener un límite máximo flexible, que permita sancionar por sobre el beneficio económico obtenido por los infractores.

El proyecto propone que el monto máximo de la multa ascienda hasta una suma equivalente al doble del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción o hasta el 30% de las ventas del infractor en los productos o servicios asociados a la infracción durante el período en que ésta se haya prolongado.

Lo anterior, en línea con las legislaciones con mayor tradición en materia de libre competencia, tales como la estadounidense y la europea.

En el caso que no sea posible determinar el beneficio económico obtenido por el infractor ni sus ventas, el tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a 30.000 UTA.

Para determinar el monto de la multa, la ley vigente contempla que el TDLC debe considerar: el beneficio económico obtenido por el infractor, la gravedad de la conducta, la reincidencia y la colaboración que el infractor haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación.

El proyecto agrega: la necesidad de que la sanción sea efectivamente disuasiva y la capacidad económica del infractor.

3.- AJUSTE DEL TIPO DE COLUSIÓN DE LA LEY DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.

Actualmente, para sancionar un ilícito de colusión se exige que el acuerdo o la práctica concertada confieran poder de mercado a los competidores que participen en él (Artículo 3 letra a) de la Ley de Defensa de la Libre Competencia). Esta exigencia probatoria resulta inédita en el derecho comparado, en que sólo basta que se acredite un acuerdo entre los competidores para configurar el ilícito.

Los carteles duros son conductas manifiestamente anticompetitivas, por lo que quienes incurren en ellas son sancionados sin que sea necesario evaluar el poder de mercado ni los efectos anticompetitivos que genera la conducta. No proceden defensas de eficiencia, pues en rigor no existen.

Se propone eliminar del literal a) del artículo 3° de la Ley de Defensa de la Libre Competencia la expresión “que les confieran poder de mercado” para sancionar carteles duros.

Esta propuesta fue aprobada en las comisiones de Economía y de Constitución de la Cámara de Diputados por unanimidad.

4. PROHIBICIÓN DE *INTERLOCKING*¹ HORIZONTAL.

El proyecto postula prohibir la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos o de director en dos o más grandes empresas que sean competidoras entre sí (la facturación anual de cada grupo económico debe ser mayor a 100.000 UF).

El hecho de que una persona se desempeñe simultáneamente como ejecutivo o director de dos o más empresas

¹ INTERLOCKING: Participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos o de director en dos o más grandes empresas que sean competidoras entre sí.

competidoras representa un riesgo serio de colusión, por lo que la legislación debe prohibirlo a fin de evitarlo.

En sesión de 14 de diciembre la Comisión escuchó a CONADECUS, ODECU, la Confederación de la Producción y el Comercio (CPC), al profesor señor Crispulo Marmolejo y al economista señor Claudio Díaz.

1.- CONADECUS.

Intervinieron su presidente, el señor Hernán Calderón, y el abogado señor Mario Bravo.

INTRODUCCIÓN ¿DERECHO DE
COMPETENCIA?

El Derecho de Competencia se ocupa de la protección de los intereses de los consumidores y de la protección de la libre competencia en los mercados. Éstos se protegen mediante la prohibición de actos que se considera impiden la competencia y mediante la promoción por un entorno competitivo.

La competencia de diversos actores en el mercado y los derechos de los consumidores están fuertemente ligados, pues sólo en un mercado competitivo el consumidor puede optar entre varias ofertas de productos en que recibe información de precios, calidades y características entre las cuales comparar, apreciando sus costos y beneficios. Sin embargo, en nuestro país las principales actividades del mercado se encuentran concentradas en pocos proveedores.

Reformas en materia de colusión:

AUMENTO DEL MONTO MÁXIMO DE LAS
MULTAS APLICABLES AL ILÍCITO DE COLUSIÓN

El proyecto aumenta el monto máximo de las multas; como se indica en el mensaje: "La multa debe implicar al infractor al menos un costo mayor al beneficio esperado de haber infringido la ley", sin imponer una multa mínima asociada al ilícito.

Propuesta: Para que la sanción sea efectivamente disuasiva, si bien constituye un avance aumentar el tope máximo de la multa a imponer, debe incorporarse un mínimo que recoja la gravedad del ilícito.

En consecuencia:

- a) Establecer una multa mínima equivalente al 110% del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción.
- b) En caso que este beneficio no pueda ser claramente determinado por el Tribunal, la multa mínima sea el 20% de las ventas del infractor correspondientes al periodo durante el cual la infracción se haya prolongado, pudiendo llegar al 100% de dichas ventas.

AUMENTO DEL MONTO MÁXIMO DE LAS MULTAS APLICABLES A LOS DEMÁS ILÍCITOS DEL DL 211

a) Se propone extender el incremento de multas máximas y establecimiento de multas mínimas a otras acciones anticompetitivas distintas de la colusión tales como: negación de ventas de insumos o facilidades esenciales a competidores, discriminación de precios para inhibir competencia, y, en general atentados consistentes en abuso de posición dominante.

b) En aquellos ilícitos distintos a la colusión respecto de los que se propone la creación de un tipo penal, se propone extender a los ejecutivos de la empresa infractora (directores, gerentes u otros con responsabilidad determinada en el ilícito) una sanción pecuniaria.

MITIGACIÓN DE EFECTOS ADVERSOS DE APLICACIÓN DE MULTAS LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA.

Para mitigar los efectos de una eventual quiebra de la empresas infractoras por la aplicación de multas que representen un deterioro significativo de su patrimonio, el TDLC podrá determinar la continuidad de la empresa declarándola “Unidad Económica” de manera que el cobro de dichas multas, aunque afecte a la propiedad de la empresa, no ponga en riesgo la continuidad operativa de la misma.

CRIMINALIZACIÓN DE LA COLUSIÓN Y DELACION COMPENSADA.

El proyecto confiere el beneficio de exención de responsabilidad criminal al primero que aporte antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica.

Nada señala en tanto, respecto de la situación de la delación efectuada por la empresa investigada y como este beneficio puede extenderse o no a actuales o anteriores ejecutivos o directivos que puedan incurrir en responsabilidad de carácter penal.

Por su parte, parece un potente incentivo para compensar a los afectados condicionar los beneficios derivados de la delación compensada a la indemnización de los perjuicios ocasionados por la conducta.

Propuesta: Establecer como requisito para el beneficio contenido en el art. 39 bis por parte de la FNE al delator, la existencia de un acuerdo que comprometa la indemnización de los afectados por la conducta ejecutada y precisar ese beneficio únicamente a quienes aporten efectivamente antecedentes que permitan acreditar el ilícito sin extenderlo a quienes habiendo sido partícipes del mismo, no efectúen el referido aporte.

Además, consideramos necesario incorporar que quien se acoja a delación compensada debe simultáneamente compensar a los consumidores o afectados por el ilícito.

Finalmente, se estima que se debe sin más, obligar al fiscal a querellarse penalmente en casos de infracciones a la Libre Competencia y no quedar esta decisión a su arbitrio.

Control de fusiones u operaciones de concentración: NUEVO REGIMEN Y PROCEDIMIENTO.

El proyecto establece un sistema de control preventivo y obligatorio ante la FNE de las operaciones conforme umbrales que serán determinados mediante un reglamento del Ministerio de Economía.

El proyecto agrega que “terceros distintos de los agentes económicos que sean parte en la operación no podrán notificarla ni llevar a cabo acciones estratégicas que tengan por objeto paralizarla”.

Propuesta: Para los efectos de otorgar certeza a los agentes económicos del mercado debe existir claridad en la ley respecto de los umbrales requeridos para consultar la operación de concentración y el procedimiento de consulta debe garantizar el acceso a los partícipes de mercado y representantes válidos de los intereses de los consumidores.

En consecuencia se propone:

- Mantener el procedimiento de consulta radicado en el TDLC, en un procedimiento en el cual los competidores del Mercado Relevante en el cual se produce la operación de concentración o los partícipes de mercados relevantes conexos y las asociaciones de consumidores sean partes intervinientes del proceso de consulta.

- Mantener la posibilidad de reclamar la decisión de consulta del TDLC por parte de los interesados para ante la Corte Suprema a fin que el Excmo. Tribunal se pronuncie respecto de los antecedentes de hecho, derecho y económicos derivados del proceso de consulta.

- Respecto de las consultas del art 18 No 2, agregar a solicitud de parte o que tenga interés legítimo o “de cualquier asociación que consumidores”.

- Insistir en modificar el 18 No 5, en cuanto a que el procedimiento de revisión especial de operaciones de concentración, pueda ser objeto de consulta ante el TDLC y que sea procedente el recurso de reclamación ante la Excma Corte Suprema.

MODIFICACIÓN NORMATIVA

Se trata de una nueva herramienta que recibe la FNE para evaluar la competencia en los mercados.

El proyecto propone el traspaso de la facultad de efectuar recomendaciones de modificación normativa desde el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a la Fiscalía Nacional Económica.

El DL 211 en su artículo 2º señala que corresponde al TDLC y a la FNE, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados.

Propuesta: Se propone mantener la posibilidad de efectuar recomendaciones de modificación normativa tanto al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como a la Fiscalía Nacional Económica, pudiendo los interesados acudir al TDLC para que por vía del proceso no contencioso se genere una propuesta de recomendación normativa.

ACCIÓN DE CLASE PARA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.

El proyecto propone que se apliquen las acciones y el procedimiento para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores reguladas en la ley N° 19.496, pudiendo interponerse las demandas civiles respectivas ante los tribunales ordinarios de justicia.

Sin embargo, la experiencia ha demostrado que el establecimiento de un Tribunal distinto al TDLC encargado de determinar los perjuicios ocasionados por la infracción a la libre competencia y ordenar su pago dilata excesiva e innecesariamente la reparación de los perjuicios a los consumidores afectados por estos atentados.

Propuesta: Se propone dotar al TDLC de la competencia para conocer y resolver la acción de indemnización de perjuicios derivados de los atentados contra la libre competencia. CONADECUS considera adecuado contemplar que las indemnizaciones a los consumidores tengan prioridad por sobre las multas a beneficio fiscal.

MINISTROS DEL TDLC

El proyecto propone establecer un régimen de dedicación exclusiva para los integrantes titulares del Tribunal, situación que constituye un avance respecto de la situación actual.

Sin embargo, la existencia de un Tribunal de composición mixta fuera de la estructura del Poder Judicial constituye una situación anómala en nuestro ordenamiento que no se justifica atendida la especialización de las materias objeto del conocimiento del TDLC.

Propuesta: Se propone modificar la integración de los Ministros del TDLC con una composición exclusiva de abogados asesorados por un comité de expertos en materia económica.

Establecer el impedimento de prestar servicios para cualquier empresa que haya sido objeto de investigación o haya sido partícipe de procedimiento en el TDLC, durante el período de dos años después de haber cesado en el cargo de ministro del Tribunal.

Afirmó que parecen acertadas las causales de recusación contempladas que han sido aprobadas por la Cámara.

ACUERDOS EXTRAJUDICIALES.

El proyecto propone introducir una clarificación en cuanto a que las resoluciones del TDLC que aprueben los acuerdos extrajudiciales producirán efectos respecto de terceros.

Sin embargo, es necesario establecer un mecanismo a efectos de resguardar adecuadamente los intereses de los actores del mercado relevante en el cual se adopta un acuerdo extrajudicial por parte de la FNE o de las Asociaciones de Consumidores.

Propuesta: Mantener la posibilidad de reclamar del acuerdo extrajudicial adoptado por la FNE con un agente de mercado que ha sido aprobado por el TDLC por parte de los competidores del Mercado Relevante en el cual se produce la operación de concentración o los partícipes de mercados relevantes conexos y las asociaciones de consumidores para ante la Corte Suprema a fin que el Excmo. Tribunal se pronuncie respecto de los antecedentes de hecho, derecho y económicos derivados del acuerdo alcanzado.

PROCEDIMIENTO ANTE EL TDLC: ESTABLECER EL PRIVILEGIO DE POBREZA PARA TODO EL PROCEDIMIENTO DE LIBRE COMPETENCIA.

Que se permita realizar todas las notificaciones que sean pertinentes durante el proceso por correo electrónico, para agilizar el procedimiento.

Agregar expresamente a las asociaciones de consumidores para ser citados a las audiencias públicas que sean realizadas por los entes de la defensa de la Libre Competencia.

2.- ODECU.

Su presidente, el señor Stefan Larenas, indicó que ODECU es una organización de consumidores independiente y autónoma cuyo objetivo fundamental es la defensa y protección de los derechos de los consumidores. Es miembro de Consumers International, la International Consumers Research and Testing, ICRT y de Organizaciones de Consumidores de Latino América y el Caribe, OCLAC.

En relación al proyecto de ley y sus objetivos, se trata de:

a. Perfeccionar el procedimiento de investigación de la FNE, que contribuya a su efectividad.

b. Transparencia y publicidad, en la medida que ello no dificulte la investigación.

c. Imparcialidad e independencia de los miembros del TLC.

Principios fundamentales: Transparencia; Debido Proceso; Publicidad; Proporcionalidad.

En relación al procedimiento, estimó que se dirige en la dirección correcta: “Los integrantes del Tribunal tendrán dedicación exclusiva en el desempeño de su cargo durante el período para el cual fueron nombrados. En consecuencia, no podrán prestar servicios de ningún tipo a personas naturales o jurídicas, o ejercer en cualquier forma aquellas actividades propias del título o calidad profesional que poseen.”.

“Asimismo, será causal de recusación que el ministro haya asesorado o prestado servicios profesionales a personas naturales o jurídicas que hayan tenido, en los dos años anteriores a la fecha de ingreso de la causa en cuestión, la calidad de contraparte de las personas a que se refiere la letra b) del inciso segundo de este artículo, en algún proceso judicial o de negociación comercial, que pueda afectar la imparcialidad del ministro.”

Algunas consideraciones:

En una materia compleja y de enorme importancia para la sociedad, que afecta el mercado y en particular a los usuarios, nuestra preocupación permanente como ODECU. Comentó:

1. La tipificación en el Código Penal de los actos contra la Libre Competencia.
2. La delación compensada para combatir actos colusivos.
3. La facultad excluyente de la FNE para querellarse.

Si son efectivas, las penas de cárcel tienen un impacto disuasivo mayor sobre conductas anticompetitivas que las sanciones económicas

La posibilidad de ir a la cárcel, para todos los miembros de un cartel, salvo quien sea el primero en denunciarlo, también potencia la efectividad de la delación compensada.

El mecanismo de la delación compensada fue una valiosa herramienta que ha permitido a la autoridad conocer y acreditar la existencia de acuerdos colusorios de empresas.

En relación a la tipificación en el Código Penal de los actos contra la Libre Competencia:

- Homologación del castigo de colusión con homicidio simple.

- De acuerdo a la modificación que propone el proyecto, respecto de los casos de colusión “Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo quien celebre, implemente, ejecute u organice acuerdos, convenciones, contratos o convenios que involucren a dos o más competidores entre sí (...)” Además, esta sanción se ve agravada en la medida que la conducta recayere sobre bienes y servicios de primera necesidad, aplicándose el máximo de la pena señalada.

En este sentido, la pena máxima por dicha conducta sería de 10 años de privación de libertad. En consecuencia, estaríamos ante un ilícito cuyo castigo es similar al del homicidio simple, de acuerdo a nuestro Código Penal.

Si bien es indudable que las conductas de colusión causan un daño importante a la ciudadanía, cabe resaltar que estos se circunscriben al ámbito económico. El daño provocado es al patrimonio, a la economía, al mercado, y, en ese sentido, igualarlo a la vida humana parece carente de lógica. No es coherente que la acción de matar a una persona y la de participar en un cartel de precios sea igualmente grave a los ojos del derecho. Las penas deben ser acordes al bien jurídico protegido

SOBRE LAS OPERACIONES.

El proyecto se encarga de regular las operaciones de concentración, especialmente en cuanto al deber de notificar a la FNE de dichas actividades. Sin embargo, ciertos aspectos técnicos se sujetan a la dictación de un reglamento, lo que provoca falta de certeza jurídica, siendo especialmente grave en el ámbito del derecho sancionador.

Para la claridad y la seguridad jurídica en el tráfico jurídico y económico, se requiere que el legislador (y no un Ministerio) establezca los criterios que definan estándares de operaciones de concertaciones de empresas. Esta ha sido la experiencia que se ha tenido a la vista en materias de regulación económica, en precedentes tales como los fallidos intentos de Reglamentos del Consentimiento en materias de contratación en relación de consumo.

SOBRE LAS MULTAS.

El proyecto aumenta el límite máximo de las multas aplicables a las conductas sancionadas por la ley, estableciendo como límite el doble del beneficio económico reportado por la infracción, o hasta el 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos y/o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido.

En este contexto, las multas a beneficio fiscal son de tal magnitud que afectarían de manera muy intensa el patrimonio de la empresa infractora, lo que finalmente disminuiría sus facultades económicas para la etapa posterior, la compensación de los consumidores. En este sentido, si una multa de esta índole disminuye el patrimonio del infractor de tal manera que no pueda indemnizar a los consumidores adecuadamente, se pierde el sentido de corregir el vicio, ya que el afectado final no sería reparado en el daño sufrido. Por consiguiente ¿es más importante el bolsillo del Estado que el de los consumidores?

SOBRE LA INDEMNIZACIÓN.

El proyecto contempla que las indemnizaciones se tramitarán ante el TDLC. Sin embargo, es necesario recalcar que los tribunales civiles tienen la experiencia en esta materia, e incluso los Juzgados de Policía Local en materia de consumidor. Los criterios, principios y reglas del derecho de daños responden a una lógica distinta a la de la libre competencia.

Por otra parte, en la práctica, la reparación del daño a los consumidores afectados necesariamente exige utilizar la herramienta del juicio colectivo, debido al número de afectados y la lógica propia de una acción indemnizatoria. Por lo tanto, no es lógico que se traslade dicha competencia al TDLC, salvo que se pretenda seguir en esa instancia el procedimiento colectivo regulado en la ley del consumidor.

Finalmente, es necesario que la eventual indemnización o compensación en favor de los consumidores sea también un mecanismo de disuasión frente a las conductas infractoras. En este sentido, deben mejorarse los procedimientos y mecanismos de reparación de los afectados para que sea factor plausible y real al momento de ponderar los efectos que la conducta pueda tener. Es decir, que las sanciones no sean el único impedimento de las conductas, ya que la reparación de los afectados finales es tanto o más importante.

DE LA PARTICIPACIÓN DE LAS ADC.

- Intercálase en su párrafo segundo entre la oración “partes comparecientes al acuerdo” y el punto seguido la frase siguiente: “, así como el parecer de quienes tengan interés legítimo. Se presumirá que tienen interés legítimo el Servicio Nacional del Consumidor y las asociaciones de consumidores establecidas en la ley N°19.496”.

Abordó el Rol de las asociaciones de consumidores en la libre competencia. Es necesario aclarar y reformar la importancia que ante los órganos de libre competencia tienen las asociaciones de consumidores. La colusión afecta directamente a los consumidores.

Por esta razón, resulta relevante que la legislación aclare en forma expresa la legitimación que tienen las asociaciones de

consumidores para participar directamente en los procesos de investigación de atentados a la libre competencia.

Sin esta regla legal que aclare lo anterior las asociaciones de consumidores quedan expuestas al criterio de las autoridades de libre competencia de calificar la posibilidad de concurrir como partes interesadas en estas investigaciones. Por el bienestar de los consumidores, resulta indispensable que la legislación confirme esta posibilidad de participación de las asociaciones de consumidores en estas materias.

- Intercálase en el artículo 51 de la ley N°19.496, que Establece Normas Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, el siguiente inciso segundo, nuevo, pasando el actual a ser inciso tercero y así sucesivamente:

“No obstante lo dispuesto en el artículo 30 del decreto ley N°211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, y sin perjuicio de las acciones individuales que procedan, la acción de indemnización de perjuicios que se ejerza ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con ocasión de infracciones a dicho cuerpo normativo declaradas por una sentencia definitiva ejecutoriada, podrá tramitarse por el procedimiento establecido en este párrafo, cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores. No será necesario que los legitimados activos señalados en el numeral 1 del inciso siguiente se hayan hecho parte en el procedimiento que dio lugar a la sentencia condenatoria.”.

Otros comentarios:

- Juicios paralelos de libre competencia y criminal para un mismo caso. Si es así se complica ya que el acusado puede invocar estándares de prueba más exigentes y el derecho a no autoincriminarse propios de un juicio penal durante el juicio que lleva la FNE por infracciones a la libre competencia.

- Manejo de la confidencialidad. Las investigaciones de la FNE admiten que documentos o evidencia sea siempre reservada.

- Contienda de Competencias.

3.- Confederación de la Producción y el Comercio, C.P.C.

Por la Confederación de la Producción y el Comercio, C.P.C., intervinieron su Presidente, el señor Alberto Salas, y el Presidente de la Comisión de Libre Competencia, señor Cristián Acuña.

I. La Libre Competencia.

La Libre Competencia constituye un valor esencial sobre el que se estructura la economía social de mercado.

Por ello, comparten el objetivo del proyecto de ley en orden a sancionar con la mayor dureza las infracciones a la Libre Competencia.

Es fundamental para el desarrollo de Chile. En mercados eficientes, los consumidores tienen acceso a una mayor oferta de bienes y servicios, de mejor calidad y a precios competitivos. Con un buen funcionamiento de los mercados se genera: confianza entre los consumidores; se evitan abusos y se promueve la competencia leal basada en méritos.

Es un desafío permanente promover la Libre Competencia y perfeccionar los criterios técnicos del sistema, incluyendo los mecanismos preventivos de faltas o abusos.

Criminalización de la Colusión

El delito de colusión: el tipo penal.

Es importante disuadir de manera eficiente todo tipo de hechos, actos o convenciones que atenten contra la Libre Competencia.

El proyecto propone la incorporación al Código Penal del nuevo art. 286 bis que dispone:

“Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a quien celebre, implemente, ejecute u organice acuerdos, convenciones, contratos o convenios que involucren a dos o más competidores entre sí...”, persiguiendo objetivos como fijar precio de bienes o servicios en uno o más mercados, limitar la producción, fijar zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de licitaciones.

Inquietudes:

La redacción plantea un delito de amenaza y no uno de resultado. Poco importa, por tanto, si la conducta afecta o pudiere afectar la libre competencia. Lo relevante sería la simple realización de la conducta descrita en el tipo.

La ley no se debe prestar para castigar a gente inocente. La actual redacción expone a sanción penal a acuerdos o convenios lícitos, pro competitivos o irrelevantes para la libre competencia. Por ejemplo, un pool de compradores para bajar sus costos; un crédito sindicado; un sindicato de pescadores de una caleta que negocia la venta de pescado a una exportadora; entre otros. Todas estas conductas son lícitas, pero la amplitud del tipo penal las deja expuestas a sanción penal.

Recomendación:

Resultaría adecuado ajustar la redacción del tipo penal, de manera que los convenios o acuerdos reprochables sean aquellos que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o entorpecer la Libre Competencia en el mercado.

Paralelismo de Procedimientos y Dispersión de Atribuciones.

La incorporación del delito de colusión impone a nuestro sistema jurídico la difícil labor de procurar una sana convivencia en el ejercicio de las facultades de persecución penal y de persecución de la conducta anti-competitiva.

El proyecto de ley procura regular lo anterior, sobre la base de la incorporación del nuevo inciso 3º del art. 286 del Código Penal, el que dispone:

“En caso de que el Fiscal Nacional Económico decidiera interponer querrella en relación con los hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis y presentar requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, deberá hacerlo simultáneamente una vez terminada la investigación respectiva.”.

Inquietudes:

La fórmula propuesta expone a la futura institucionalidad al estrés de mantener procedimientos paralelos que demandan el cumplimiento de distintos estándares de prueba, donde, sobre la base de lo anterior, se puede llegar a conclusiones contradictorias.

La existencia de un tipo penal paralelo, como es el consagrado en el artículo 285 del CP, juega en contra de la exclusividad con que debe contar la FNE en materia de investigación de ilícitos contra la Libre Competencia.

Recomendaciones:

Resulta recomendable fortalecer la legitimidad pública de las instituciones de Libre Competencia y procurar que el proceso penal se inicie una vez que se haya resuelto el capítulo ante el TDLC.

Al crearse el delito de colusión en el art. 286 bis, resulta conveniente derogar el actual art. 285 del Código Penal. Sólo si se decide mantener vigente este artículo, se recomienda entregar la titularidad de ejercicio al Fiscal Nacional Económico.

La delación compensada.

La delación compensada es pieza fundamental de cualquier sistema que pretenda ser eficiente en la lucha contra los carteles.

La experiencia tanto internacional como nacional demuestra que la existencia de esta institución es la razón que explica la colaboración de los involucrados y el quiebre de los pactos de silencio que suelen acompañar la conformación de carteles.

En este sentido, el proyecto de ley propone una nueva redacción sobre la materia en el art. 39 bis del siguiente tenor: “El que intervenga en alguna de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3º, podrá ser eximido de la disolución contemplada en la letra b) del artículo 26 y obtener una exención o rebaja de la multa contemplada en la letra c) del precitado artículo, en su caso, cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.”

Inquietud:

Para que la delación compensada opere, se debe estar seguro que la misma se extenderá a los ejecutivos de la empresa delatora. Hoy el Fiscal Nacional Económico es quien propone extender estos beneficios, ello en mérito de la aplicación de las disposiciones contenidas en la denominada Guía de Delación Compensada. Sin embargo, la extensión así practicada pudiera no resultar aplicable a la responsabilidad penal, ya que ésta debe ser establecida por ley.

Recomendación:

Facilitar la operación de esta institución mediante una regulación detallada en materia penal, tanto en materia de extensión como respecto de las conductas. La delación compensada fracasará, si cada vez que se produzca algún hecho de la naturaleza expuesta, se pretende aplicar otras figuras penales distintas a la colusión. Con ello, estaremos dando una señal a los involucrados en orden a que la delación compensada no es segura.

II. El Poder de Mercado

Poder de Mercado y la “Regla del Minimis”.

El proyecto propone eliminar la necesidad de probar “poder de mercado” para sancionar los carteles duros, bastando sólo la prueba del acuerdo.

En efecto, el art. 3º propuesto, en su parte pertinente, dispone: “Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la Libre Competencia o que tienen a producir dichos efectos, los siguientes: a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre si, 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....”

Inquietudes:

Hay conductas colaborativas entre competidores que son eficientes y el proyecto no las reconoce. Por ejemplo, almacenes chicos que se juntan para negociar mejores precios con los proveedores y competir mejor contra las grandes cadenas.

Hay conductas que son irrelevantes por el tamaño de los actores. Por ejemplo, en vez de negociar con cada pescador de la caleta, una exportadora negocia con el sindicato de la caleta la compra del congrio extraído. Incluso si esa caleta ofrece el 0,5% del congrio disponible en el mercado, el proyecto los sanciona. No hay un umbral mínimo.

La omisión de la referencia al “poder de mercado”, ignora un principio universal en la materia y que es ampliamente reconocido en el Derecho Comunitario Europeo, bajo el concepto de la “regla del minimis” y que, en términos simples, reconoce la potestad de la Comisión para resolver no estudiar algunos casos, por estimar que los mismos carecen de relevancia o interés para la defensa de la Libre Competencia, ya sea por el carácter lícito de los mismos, o bien, por el nulo o menor impacto que producen.

Recomendaciones:

Establecer una regla de “minimis” (En la Comisión Europea ésta asciende al 10% del mercado).

Modificar los términos absolutos consagrados en el artículo 3º propuesto, de manera de reconocer expresamente que el interés del legislador es condenar y combatir todo tipo de convención o acuerdo que efectivamente impida, restrinja o entorpezca la Libre Competencia, o que tenga la habilidad de producir dichos efectos, eliminando así la presunción de la letra a) ya indicada.

Reconocer expresamente la facultad que, en la materia, puede ejercer el TDLC en virtud del nº 3 del art. 18, para cuyos efectos se recomienda recibir un informe de la FNE.

III. Otros aspectos relevantes.

1. El Interlocking

El nuevo art. 3 letra d) propuesto, prohíbe: “La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las 100.000 unidades de fomento en el último año calendario.”

Otros aspectos relevantes

Inquietud:

La redacción de la norma presenta problemas de interpretación. Algunos de estos son:

- ¿Quiénes son competidores? ¿Shell compite con McDonalds o Walmart? (Todos venden bebidas y papas fritas).

- El umbral de UF 100.000 implica que más de 13.000 empresas pueden quedar afectadas. Por tanto, debe haber un umbral de ventas competitivas más alto y no sólo un umbral de ventas.

- ¿Desde qué momento se produce la inhabilidad?

- ¿La norma se refiere a todos los ejecutivos o sólo a los “principales”?

Recomendación:

Precisar la voluntad de aplicar la inhabilidad a los directores independientes o a directores y ejecutivos principales de empresas que pertenecen a un mismo controlador.

2. La entrega de información.

El nuevo art. 39 letra d), ii) dispone que se sancionará criminalmente a quienes “... proporcionen culpablemente información falsa en el contexto de una investigación...”

Inquietudes:

La incorporación de la palabra “culpablemente” permitir entender que estamos frente a un “delito culposo”. Si es así, nadie querrá entregar información para no inculparse, dado que la misma es preparada por terceros, de los cuales no se puede dar fe al 100%.

Lo reprochable aquí es la actitud dolosa. Debemos procurar que la entrega de información a la FNE no se obstaculice por el temor a incurrir en un delito. Si lo que se desea sancionar es la negligencia o la falta de cuidado, la sanción no debe ser penal, sino que pecuniaria.

Recomendación:

Eliminar la palabra “culpablemente” y quedar con la referencia general del Código Penal a la exigencia de dolo para los delitos (art 2 y 10 N° 13 CP).

Otros aspectos relevantes.

3. Sanción especial.

El nuevo art. 26 letra d) dispone: “En el caso de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3º, podrá imponer, además, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración del Estado, ya sea de la administración centralizada o descentralizada, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los cuales el Estado efectúe aportes, hasta por el plazo de cinco años contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.”.

Inquietudes:

No queda claro que esta sanción sea ajustada al propósito general de la ley, que es la defensa de la Libre Competencia.

En un mercado como el chileno, esto podría obligar al Estado a negociar con una sola empresa.

5.- Profesor de derecho de la Universidad de Valparaíso, señor Crispulo Marmolejo.

Luego, el señor Presidente de la **Comisión, Honorable Senador señor Tuma**, le ofreció el uso de la palabra al **profesor de derecho de la Universidad de Valparaíso, señor Crispulo Marmolejo**.

El profesor de derecho de la Universidad de Valparaíso, señor Crispulo Marmolejo, procedió a analizar algunas reformas propuestas por el proyecto de ley en discusión.

Acuerdos colusorios. Art. 3, nueva letra a) .

Texto actual:

“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.”.

Texto propuesto:

“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.”.

Establecimiento de figura penal en materia de acuerdos.

- Materias controversiales:

El tratamiento de conductas infraccionales modeladas sobre lógica de derecho administrativo sancionatorio;

Existencia de una abrumadora literatura sobre relaciones entre sanciones administrativas y sanciones penales. (estado de policía, derecho penal colateral, potestad punitiva de la administración, interés público);

Consustancial al derecho regulatorio la existencia de sanciones (Cordero, 2014), y

Ecuación disuasoria óptima: Cuestiones de eficacia y eficiencia, accountability, debido proceso, expertise y conocimiento técnico (Cordero, 2014).

Interlocking

Reemplázase el epígrafe del párrafo 7 del Título VI del Libro Segundo por el siguiente:

“De los delitos relativos a la industria, al comercio, a la libre competencia y a las subastas públicas”.

Nueva letra d):

“d) La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario.”.

- Recoge trabajo expuesto por la FNE en documentos (Interlocking y participaciones minoritarias) y Día Libre Competencia 2013 (Trabajo de Michael Jacobs)

Hay un aporte interesante reciente en la doctrina, escrito por Erica Salvaj y Juan Pablo Couyoumdjan llamado “Interlocked, Business Groups and the State in Chile (1970-2010)”, Business History. DOI 10.1080/00076791.2015.1044517

Aplicación de régimen sancionatorio a incumplimientos en el procedimiento de control preventivo de operaciones de concentración. Nuevo 3 bis).

Artículo 3° bis.- Podrán también aplicarse las medidas del artículo 26 de esta ley, así como aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias, a quienes:

a) Infrinjan el deber de notificación que establece el artículo 48. (Notificaciones de operaciones de concentración allí señaladas; conducta omisiva)

b) Contravengan el deber de no perfeccionar una operación de concentración notificada a la Fiscalía Nacional Económica y que se encuentre suspendida de acuerdo con lo establecido en el artículo 49. (Conducta activa contravencional).

c) Incumplan las medidas con que se haya aprobado una operación de concentración, al tenor de lo dispuesto en los artículos 54 57 (extensión de plazo) o 31 bis (procedimiento de revisión especial de operaciones concentración, según sea el caso.

d) Perfeccionen una operación de concentración en contra de lo dispuesto en la resolución o sentencia que haya prohibido dicha operación, de conformidad a lo establecido en los artículos 57 o 31 bis, según corresponda.

e) Notifiquen una operación de concentración, de conformidad al Título IV, entregando información falsa.”.

Integración T.D.L.C

Art. 6° actual

“a) Un abogado, que lo presidirá, designado por el Presidente de la República de una nómina de cinco postulantes confeccionada por la Corte Suprema mediante concurso público de antecedentes. Sólo podrán participar en el concurso quienes tengan una destacada actividad profesional o académica especializada en materias de libre competencia o en Derecho Comercial o Económico, y acrediten a lo menos 10 años de ejercicio profesional.

Texto propuesto

“a) Un abogado, designado por el Presidente de la República de una nómina de cinco postulantes confeccionada por la Corte Suprema mediante concurso público de antecedentes.”.

“El tribunal determinará, de entre sus miembros abogados, por mayoría simple a su presidente, quien durará dos años en el cargo.”.

“Los integrantes del Tribunal tendrán dedicación exclusiva en el desempeño de su cargo durante el período para el cual fueron nombrados. En consecuencia, no podrán prestar servicios de ningún tipo a personas naturales o jurídicas, o ejercer en cualquier forma aquellas actividades propias del título o calidad profesional que poseen.”

“Los ministros suplentes no tendrán dedicación exclusiva. Sin embargo, el desempeño de su cargo es incompatible con la condición de asesor o prestador de servicios profesionales en materias que digan relación a la libre competencia a personas naturales o jurídicas sometidas a la jurisdicción del Tribunal.

Se considerará que asesora o presta servicios profesionales si percibe cualquier clase de remuneración, honorario o regalía de parte de personas naturales o jurídicas que asesoran o prestan servicios profesionales en dichas materias.”.

e) Reemplázase su inciso décimo por el siguiente:

“No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, el desempeño como integrante del Tribunal será compatible con los cargos docentes, hasta por doce horas semanales.”

FNE (Art. 39)

Informe del Banco Mundial (WORLD BANK GROUP. “Better Regulation for Growth. Governance frameworks and tools for effective regulatory reform. Regulatory Quality and Competition Policy”, Washington, World Bank Group, 2010).

- de competencia; -Regulaciones que pueden contradecir la política
- de competencia; -Regulaciones que pueden reemplazar la política
- competencia; -Regulaciones que pueden reproducir la política de
- de competencia -Regulaciones que usan los métodos de la política

FUNCIONES DE COLABORACIÓN
REGULATORIA.

Las funciones de colaboración regulatoria de los organos de libre competencia en la reforma son adecuadas.

Art. 39, letras p): Monitoreo competitivo

Art. 39, letra q) : E.R.N

Art. 39, letra r) : I. C. G

- p) Estudios de evolución competitiva de mercados
- p) Realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados,

Podrá ejercer las facultades contempladas en las letras f), g), h), j), k), l) y m) de este artículo y

Efectuar recomendaciones a órganos del Estado y agentes económicos. El órgano del Estado receptor deberá manifestar su parecer respecto de la propuesta. La respuesta será publicada en los sitios electrónicos de la Fiscalía Nacional Económica y del órgano de que se trate.

En el ejercicio de las facultades contempladas en las letras h) y j) de este artículo, las personas naturales y los representantes de personas jurídicas a los que el Fiscal Nacional Económico pudiere irrogar perjuicio a sus intereses, podrán solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dejar sin efecto total o parcialmente el respectivo requerimiento en la forma establecida en los párrafos segundo y tercero de la letra h);

E.R.N (Expediente recomendación normativa).

q) Proponer fundadamente al Presidente de la República, a través del ministro de Estado que corresponda:

1. La modificación o derogación de los preceptos legales o reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia;

2. La dictación de preceptos legales o reglamentarios

3. Objetivo : Cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas.

Este tipo de proposiciones tendrán siempre como antecedente una investigación o un estudio sobre la evolución competitiva de los mercados; (y posterior.....para ser coherente con R.I.A)

I.C.G.

r) Dictar instrucciones a las que habrá de sujetarse el ejercicio de las atribuciones y el cumplimiento de los deberes acerca de los que trata este artículo, y”.

Javier Tapia y Despoina Mantzari, afirman que no existe una relación opuesta entre Regulación y Libre Competencia como a veces pareciera juzgarse. Tapia y Mantzari (2012)

El Derecho de la Competencia, sostienen, “no es la antítesis de la regulación, sino una forma de control” e incluso, sostienen, podría ocurrir el caso de aplicar el derecho o la política de competencia en un modo regulatorio (Regulatory Antitrust).

Importancia de la reforma al art. 26.

- La sentencia del TDLC es una forma de regulación indirecta.
- La sentencia del TDLC constituye una señal al mercado
- La sentencia del TDLC supone un modo de comportamiento para agentes de mercado
- Reforma al régimen sancionatorio y sus criterios:
- ¿Alguna medida adicional? ¿Compliance es sanción?

“The success of any cartel enforcement program is substantially linked to the creation and effective implementation of a compliance culture”. (SOKOL, D. Cartels, Corporate Compliance and what practitioners really think about enforcement) 78, Antitrust L.J. 201 (2012) Compliance (II).

En Chile, la FNE ha elaborado un documento que se llama Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia (Material de Promoción N° 3, Junio 2012).

“Un Programa de Cumplimiento corresponde a aquellas políticas, procedimientos, directrices y mecanismos adoptados por un agente económico para dar cumplimiento a la normativa vigente en materia de libre competencia”.

Factores deben tenerse en cuenta para elaborar un programa de cumplimiento:

- El tamaño del agente económico;
- Características y peculiaridades de éste;
- Mercado en el que participa;
- Grado de influencia que ejerce dentro del mercado en que participa (Poder de mercado).

TDLC- Sentencia N° 145/2015 FNE- AGGOÑ, 1

Abril 2015.

Sexagésimo sexto. Que, finalmente, respecto de las sanciones solicitadas para la AGGOÑ, este Tribunal rechazará la solicitud de disolución de la misma, pero atendido el hecho que la referida Asociación se desvió manifiestamente de los fines señalados en sus estatutos, este

Tribunal le aplicará una multa prudencial ascendente a 10 UTA, monto que es consistente y complementario al programa de cumplimiento. Como medida adicional, le ordenará elaborar e implementar un programa de cumplimiento de las normas de libre competencia en los términos que se indicarán en la parte resolutive de esta sentencia, la que, a juicio de este Tribunal, ayudará a desincentivar futuras conductas anticompetitivas que pudiesen ocurrir en su interior;

TDLC- Sentencia N° 145/2015

FNE – AGGOÑ.

3) ORDENAR a la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble, AGGOÑ, implementar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga los requisitos establecidos en la “Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia” (material de promoción N°3) elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012. En especial, el programa deberá ajustarse a las necesidades y características propias de dicha asociación; contar con la participación activa de sus máximos dirigentes, quienes deberán nombrar un encargado interno del programa; y cumplir con las características de seriedad y completitud que permitan que el programa sea efectivo.

Requisitos del programa en la sentencia

1. Ajustarse a las necesidades y características propias de la asociación;
2. Contar con la participación activa de sus máximos dirigentes,
3. Nombrar un encargado interno del programa (compliance officer), y
4. Cumplir con las características de seriedad y completitud que permitan que el programa sea efectivo.

REFLEXIONES FINALES.

1. El proyecto recoge aportes interesantes de mejora y optimización del diseño institucional de órganos de Libre Competencia en Chile
2. El proyecto actualiza procedimientos conforme a los criterios de la OECD en materia de control preventivo de fusiones, siendo esta una necesidad de larga data.
3. Los plazos de tramitación en este proceso son exigentes y coherentes con las necesidades de mercado y necesidad de certeza jurídica.

4. La criminalización de la colusión debiera operar como un desincentivo real a la conducta, pero monitoreando en la práctica la calidad de los estándares probatorios que se apliquen y el conocimiento del impacto en mercados.

5. Normas procesales en sede administrativa resguardan debido proceso.

6. Se prevé una mayor cantidad de AA generados por el TDLC

7. Se deberá monitorear el Reglamento de Umbrales del Ministerio de Economía y su coordinación con la FNE y el TDLC para su actualización.

8. ¿Compliance como sanción o medida correctiva?

9. Evitar riesgos de asimetrías en ICG entre el TDLC y la FNE.

6.- El economista, señor Claudio Díaz

Finalmente, intervino el **economista señor Claudio Díaz**, quien realizó una presentación en power point que se encuentra a disposición de los Honorables Senadores en la Secretaría de la Comisión.

Comenzó señalando que los temas a tratar en su presentación son los siguientes:

1.- Introducción y observaciones al proyecto de ley.

2.- Comentarios de una economía de libre mercado eficiente.

3.- Efectos y estadísticas que genera la falta de competitividad en las economías de libre mercado.

4.- Precedentes históricos de como otras economías han enfrentado casos de prácticas monopolistas aplicado políticas ANTITRUST.

5.- Conclusiones.

1.- Introducción y observaciones al proyecto de ley.

El señor Díaz destacó como puntos a rescatar de la iniciativa en estudio, los siguientes:

- Cambios en los montos fijos en materia de multas, por veces de beneficios obtenidos o ventas: Con esta última fórmula se discrimina inmediatamente según el tamaño de las empresas.

- Directores de Empresas de similar o similar actividad, pues hoy hay directores de empresas IPSA que participan en 6 de 40, o sea un 15%. El proyecto se hace cargo de este tema, prohibiendo el interlocking.

- Se reponen las sanciones eliminadas el año 2004.

Por otra parte, consideró que se advierten oportunidades de mejoras en la nomenclatura del proyecto. Es necesario, al igual que ha ocurrido en otras economías que también han pasado por estos procesos, anteponer los objetivos, a la gran cantidad de artículos e incisos que en definitiva tornan la reforma complicada.

Es relevante que se defienda el sistema como un todo, resaltando porque es importante la competitividad para la economía, y en definitiva para el país.

Otro punto en que se pueden introducir mejoras es en la regulación de carteles o colusiones que se aplican en legalidad, como es el caso de directorios cruzados, en que las empresas no compiten entre sí, como por ejemplo un director de Vicecorp y Antar Chile, que no compiten entre sí, pero ambos grupos son dueños uno de Forestal Mininco, y el otro de Forestal Arauco, que tienen casi el 100% del mercado forestal en Chile.

2.- Comentarios de una economía de libre mercado eficiente.

En relación al concepto de «Competencia Perfecta», explicó que se refiere a la situación de un mercado donde las empresas carecen de poder para manipular el precio o cantidad. En este escenario ningún comprador o vendedor individual puede ejercer influencia decisiva sobre el precio.

Manifestó que la existencia de un elevado número de productores y consumidores en el mercado empresarial puede inclinar la situación final a un escenario similar al de la competencia perfecta.

Como situaciones clásicas de competencia imperfecta mencionó: Monopolio; Oligopolio; Monopsonio y Oligopsonio.

Dio a conocer ciertas “alertas al Modelo Perfecto” que han manifestado personajes trascendentes de la economía. Así, según el Premio Nobel de Economía, señor Frederick Hayek: «El Mercado es ajeno a cuestiones de justicia social» por lo que teorías como «la mano invisible»

no suelen resultar. En razón de lo anterior, siempre tiene que existir una norma que de alguna manera “ralle la cancha”.

Por su parte, John D. Rockefeller manifestó que: «La competencia es un pecado, por eso procedemos a eliminarla».

Presentó el siguiente gráfico que indica que, mientras mayor sea la competitividad, también hay mayor producción e innovación, que es lo que necesitan todas las empresas en Chile:

Puso de relieve que en Chile se innova muy poco.

Asimismo, que al observar el ranking, se constata que las empresas que forman parte del mismo ente 2005 y 2014, son prácticamente las mismas, lo que significa que no ha entrado competencia al mercado, y por tanto esas empresas no tienen ningún incentivo a innovar.

RANKING POR CAPITALIZACION BURZATIL IPSA					
dic-2014		dic-2013		dic-2005	
N°	EMPRESA	N°	EMPRESA	N°	EMPRESA
1	FALABELLA	1	FALABELLA	1	COPEC
2	ENERGIS	2	COPEC	2	ENDESA
3	COPEC	3	ENERGIS	3	BSANTANDER
4	ENDESA	4	CHILE	4	ENERGIS
5	CHILE	5	ENDESA	5	FALABELLA
6	BSANTANDER	6	BSANTANDER	6	ANTARCHILE
7	CENCOSUD	7	CENCOSUD	7	CMPC
8	LAN	8	LAN	8	CHILE
9	CMPC	9	ANTARCHILE	9	CENCOSUD
10	ANTARCHILE	10	BOI	10	BOI

OBS

11	WMTCL	11	CMPC	11	LAN
12	BOI	12	WMTCL	12	ENTEL

RANKING POR CAPITALIZACION BURZATIL S&P500	
nov-2015	
N°	EMPRESA
1	APPLE
2	MICROSOFT
3	EXXON
4	GENERAL ELECTRIC
5	JOHNSON & JOHNSON
6	WELLS FARGO
7	AMAZON
8	BERKSHIRE HATHAWAY
9	JP MORGAN & CHASE
10	FACEBOOK

Manifestó que los altos niveles de concentración también son anticompetitivos, aunque no exista colusión.

El otro gráfico es el ranking de las empresas en USA. Cabe preguntarse qué pasó con Walmart, Kimberly-Clark, P&G, entre otras, que hace cinco años si estaban en el ranking. La respuesta es que salieron de él porque en USA hay competitividad, y también hay cuotas de mercado que no se pueden exceder.

4.- Precedentes históricos de como otras economías han enfrentado casos de prácticas monopolistas aplicado políticas ANTITRUST:

En este punto, el señor Díaz mencionó tres casos relevantes:

- CASO STANDARD OIL: Empresa Norteamericana controlada por John D. Rockefeller que monopolizó el mercado del petróleo durante los años 1870 – 1911. Fue sancionada por la

Corte Suprema de Estados Unidos quien aplico la Ley Sherman por prácticas monopólicas y competencia desleal. La sanción implicó que la compañía se dividiera en 34 empresas, de las cuales hoy algunas son EXXON, CHEVRON y CONOCO PHILLIPS.

Controversia generada:

A favor de la sanción: Standar Oil destruyó la competencia legítima y honesta.

En contra de la sanción: Standar Oil no restringió el comercio, simplemente se impuso a sus competidores por ser mejor.

La periodista Ida Tarbell, en su publicación «*The History of the Standard Oil Company*» escribió: “El Señor Rockefeller ha jugado sistemáticamente con dados cargados y es muy dudoso que haya habido una sola ocasión, desde 1872, en que haya participado en una carrera con un competidor y jugado limpio desde la partida”.

El señor Díaz manifestó que es un caso emblemático pues en un principio Standar Oil bajó mucho los precios, y generó un aparente bienestar social, pero en el camino hizo quebrar a muchas empresas, creando mucha cesantía y cero innovación.

- **CASO BABY BELLS:** Empresa Norteamericana AT&T Fundada por Alexander Graham Bell y otros socios (en inicios Bell Telephone y mas tarde American Bell Telephone) que fuera adquirida por AT&T el 30 de diciembre de 1899. En 1907 AT&T propuso al gobierno un monopolio formal el cual fue aceptado en 1913 por medio del llamado Kingsbury Engagement.

El 8 de enero de 1982 le fue aplicada la Ley Sherman por prácticas monopólicas y dividida en 7 compañías operativas conocidas como las BABY BELLS.

La sanción implicó que la compañía tuviera que desarrollarse y de ahí se integraron DIRECTV, Nextel, entre otras.

- **CASO MICROSOFT:** Empresa Norteamericana Fundada por Bill Gates y Paul Allen el 4 de abril de 1975. Junto a Apple se consolidaron como pioneras en software y aplicaciones internet de última generación. En mayo de 1998 fue acusada de prácticas monopólicas en virtud de la Ley Sherman, para impedir que el sistema operativo Windows y Explorer como parte de Office se comercializaran conjuntamente.

El año 2001 se dejó sin efecto la partición de la compañía, con el acuerdo de que Microsoft compartiera las interfaces de sus programas con otras empresas.

5.- Conclusiones.

El señor Díaz recordó algunas declaraciones que se han realizado, como por ejemplo el Fiscal Nacional Económico, quien

señaló en El Mercurio que: “Hay que hacer que el peor escenario sea catastrófico para las empresas que se coluden”; y en relación a esa afirmación, estimó que las empresas son parte importante del patrimonio social, cuesta mucho construir una empresa en Chile, las empresas hay que cuidarlas, y darle una sanción fuerte al que tenía derecho a tener esa empresa.

Por otra parte, el economista José Luis Daza quien declaró al Diario Financiero: «El avance regulatorio para la inversión privada es cada vez más asfixiante». En razón de lo anterior, el señor Díaz reiteró que hay que anteponer los objetivos.

Afirmó que, más que normativa, el transcribir reglas claras que tengan como objetivo construir un mercado más eficiente, generando innovación y competitividad bajo un esquema de buenas prácticas, debiera ser el paso para reeducar y reinventar la empresa chilena.

El señor Díaz expresó que el objetivo de esta iniciativa es que CHILE se transforme en un mercado eficiente, competitivo y con igualdad de oportunidades.

Se requieren tres pilares que pueden transformar el mercado:

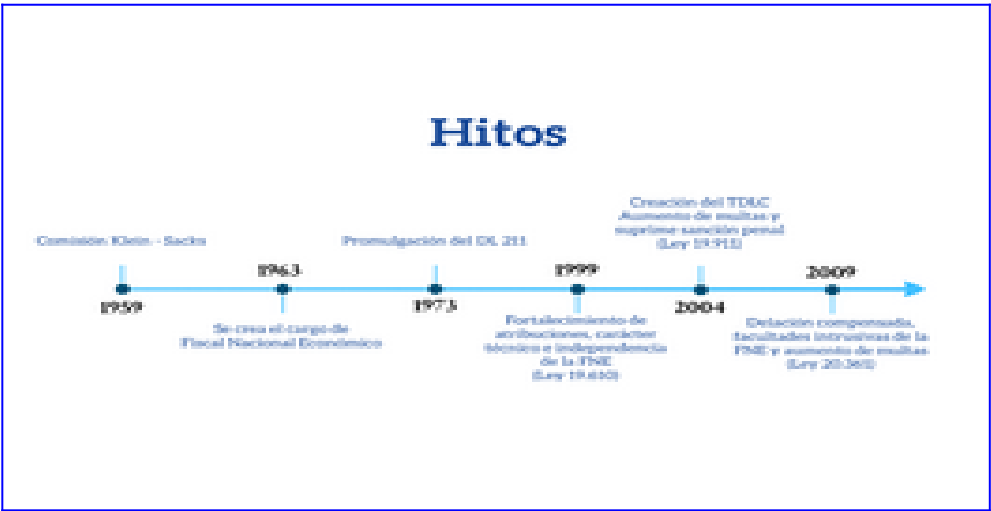
- Reglas del juego claras y transparentes.
- Menos sobrerregulación y control más eficiente.
- Sanciones INOLVIDABLES a quienes infrinjan dichas reglas.

En sesión de 16 de diciembre la Comisión escuchó la exposición de los siguientes invitados: el Fiscal Nacional Económico, el señor Radoslav Depolo y el profesor Renzo Arata.

1.- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

El Fiscal Nacional Económico, señor Felipe Irarrázabal, comenzó señalando que su intervención ahondará en primer término respecto del modelo actual en libre competencia, en segundo lugar se referirá a las falencias del modelo actual, y finalmente a la “mesa de cinco patas” que constituyen las modificaciones principales del proyecto de ley. Hizo presente que esta iniciativa comprende reformas al decreto ley N° 211 que son muy necesarias.

Modelo Actual:



Mostró la siguiente línea de tiempo, con sus respectivos hitos:

Señaló que, como se puede observar, en el último tiempo, cada cuatro o cinco años ocurre un cambio regulatorio en esta materia, lo que revela la importancia que tiene en nuestro país la economía de libre mercado.

Puso de relieve que la reforma en análisis es gruesa, importante, no sólo cosmética, similar a las reformas del año 2004 y 2009.

Expresó que en el modelo chileno de libre competencia es bastante particular en el contexto internacional, pues es un sistema cerrado abocado sólo a los temas de libre competencia. Asimismo se optó por un sistema judicial, distinto al modelo de superintendencias que predomina en derecho comparado.

Nos encontramos con tres órganos que intervienen en esta materia:

- La Fiscalía Nacional Económica, que investiga y representa el interés general. Destacó que su objetivo no es recolectar multas, ni tampoco busca la indemnización de los perjuicios ocasionados. Su objetivo es desbaratar carteles o acabar con prácticas atentatorias contra la libre competencia, es un organismo que mira hacia el futuro. Puso de relieve que la Fiscalía tiene en los últimos años un 100% de tasa de éxito en materia de acusaciones de carteles.

Es un organismo de aproximadamente 100 personas, con un costo para el Estado de entre 8 a 9 millones de dólares, que se financian ampliamente con las multas que recolecta.

Se trata de un organismo que busca fortalecer al mundo privado, lo que es muy necesario en un contexto capitalista. Y lo hace reforzando el prestigio de la economía de mercado, y jamás cruzando la línea en el sentido que el que provea los bienes y servicios sea el Estado en lugar del mundo privado.

- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que decide los casos. Llamó la atención que en el modelo chileno, el tribunal cuenta con dos ministros que son economistas, lo que es muy particular. Este Tribunal es un gran contrapeso para la Fiscalía Nacional Económica, y los acusados cuentan con un órgano totalmente independiente que es el que resuelve. El régimen de garantías en este proceso está muy blindado.

- Corte Suprema, que cumple un rol de supervisión general.

En relación a las **falencias** del modelo actual, hizo referencia a la Comisión Rosende del año 2012, que se formó a raíz del denominado “caso pollos”, integrada por una serie de personas relevantes en el ámbito de la competencia, de distintos colores políticos y formaciones jurídicas y académicas.

Presentó las siguientes conclusiones de esa comisión:

- “Existe espacio para perfeccionar la institucionalidad vigente en materia de defensa de la competencia,

principalmente en tres aspectos: sanciones; mecanismo de delación compensada y sistema de consulta de fusiones”.

- “Se recomienda establecer inhabilidades a cargos de representación pública, incluyendo la participación en directorios de sociedades anónimas abiertas, de aquellas personas naturales involucradas en la elaboración y/o puesta en práctica de una colusión”.

- “Se recomienda que las multas a las empresas envueltas en prácticas lesivas a la competencia sea establecida de acuerdo con una estimación de los beneficios obtenidos como consecuencia de las mismas, más un monto que actuaría como disuasivo”.

- “La incorporación de esta última alternativa (sistema mixto) en nuestro país, a través de un esquema de “umbrales” que definen si procede o no la consulta, permitiría alcanzar un manejo más eficiente de estas operaciones”.

En síntesis, existió unanimidad en la necesidad de fortalecer la libre competencia, tanto en el sistema de sanciones, como en el mecanismo de delación compensada, y también con el sistema de consulta de fusiones.

Ahora bien, en relación a la incorporación de sanciones penales existieron diversas posturas. No obstante, en el evento que se opte por establecer sanciones penales, la Comisión estimó unánimemente que por una cuestión de expertiz, la facultad para requerir su aplicación se encuentre en manos del Fiscal Nacional Económico:

- “Por un lado, existe la posibilidad, defendida por varios miembros de la Comisión, de no incorporar explícitamente sanciones penales en la legislación de defensa de la libre competencia. Ello sobre la base de la reciente adopción de un marco institucional que al elevar las multas y potenciar la labor de la Fiscalía Nacional Económica, pareciera estar funcionando adecuadamente, aun cuando requiere de algún período adicional para su consolidación. Por otro lado, algunos miembros de la Comisión argumentaron la conveniencia de establecer, de un modo explícito, sanciones penales en la legislación referida. Ello actuaría, a juicio de sus impulsores, de un modo más efectivo en la contención de las prácticas anticompetitivas”.

- “Si se opta por establecer sanciones penales en la legislación de defensa de la competencia, específicamente para sancionar las prácticas de colusión, es entonces fundamental que la facultad para requerir su aplicación se encuentre en manos del Fiscal nacional Económico. Ello no sólo en cuanto se trata de un tema de alta especialización y complejidad sino además, por cuanto ello es necesario para que opere el mecanismo de la delación compensada, herramienta que en otras economías ha probado ser altamente efectiva en la detección de carteles”.

El Fiscal Nacional Económico, señor Felipe Irarrázabal, abordó aspectos sustantivos del proyecto.

Las “cinco patas” son: fusiones; multas; carteles; estudios de mercado; indemnizaciones.

1.- Fusiones:

El señor Fiscal Nacional Económico consideró que es el tema fundamental de este proyecto de ley. Filosóficamente constituye una intrusión importante del Estado en la vida privada, en cuanto el Estado autoriza operaciones de fusiones o control de operaciones de concentración. Es muy relevante y el Estado es quien mejor lo puede hacer, esa es la conclusión a la que se ha arribado en derecho comparado, por ejemplo Estados Unidos.

Reiteró que el sistema de libre competencia protege la economía de mercado, y los que proveen bienes y servicios en la economía de mercado son los privados.

Relató que se encargó un informe a la OCDE sobre la evaluación del régimen de control de concentraciones en Chile, informe que fue encargado por el Gobierno anterior, y este Gobierno lo hizo suyo.

En ese informe se señala como “el problema” de nuestro régimen de control:

- El actual régimen de control de operaciones de concentración carece de transparencia, seguridad jurídica y predictibilidad.
- Falta de disposiciones legales para el control de concentraciones.
- Carencia de criterios jurisdiccionales claros.
- El control está sujeto a procedimientos generales antimonopolios que no fueron diseñados para esos fines.

El Fiscal Nacional Económico hizo presente que, en efecto, Chile no cuenta hasta el día de hoy con una legislación de fusiones, lo que ha permitido operaciones de concentración sin vigilancia en mercados que después se pueden cartelizar, precisamente por la concentración que facilita la organización del cartel.

Declaró que, en su parecer, no es recomendable establecer “porcentajes máximos” de participaciones de mercado, pues están en juego varios factores, por ejemplo las economías de escala, y cifras máximas rigidizan el sistema. Es mejor un sistema ad hoc en relación a cada mercado en concreto, analizarlo en cada caso.

La OCDE recomienda a Chile establecer por ley la consulta obligatoria para fusiones de empresas.

El informe plantea como “la Solución”; lo siguiente:

- El control de concentraciones debe estar incluido en la Ley de Competencia de Chile y formar parte de su política de competencia.

- Chile debe establecer una delimitación certera del ámbito de control sobre operaciones de concentración, definiendo cuáles operaciones están sujetas a control e incorporando un sistema claro de notificación, basado en umbrales.

- El procedimiento debe ser eficiente, transparente, previsible y colaborativo, y debe darse principalmente frente a la Fiscalía Nacional Económica.

El Fiscal declaró que certeza y rapidez son las “palabras mágicas”. Certidumbre, en un sistema basado en parámetros objetivos, y que tiene que ser rápido, incluso asumiendo que puede haber errores en relación al análisis que se haga, pero el peor error es que el sistema sea lento.

Se refirió luego a las **proposiciones del proyecto** en esta materia.

El proyecto define “operación de concentración” en los siguientes términos:

“Todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos previamente independientes entre sí dejen de serlo, en cualquier ámbito de sus actividades.”.

El señor Irarrázabal hizo presente que se trata de una definición de concentración desde una perspectiva económica, no jurídica. Se trata de una definición “rugosa” como son las definiciones en libre competencia, lo que permite plasmarlas de la manera adecuada, para poder adaptarse a la imaginación de los privados.

En relación a las operaciones que deben consultarse, mencionó el artículo 47 del proyecto. De acuerdo a esa norma, deben consultarse cuando dos más agentes económicos previamente independientes entre sí, dejen de serlo.

- Excluye entidades de dos o más grupos empresariales. Es decir cuando las entidades ya están “bajo un mismo cascarón”.

- Operaciones: fusiones; derechos para influir decisivamente en la administración de otra entidad; asociaciones de empresas; adquisiciones de activos. En esta disposición hay una conexión con el lenguaje que se utiliza en la ley de mercado de valores.

El artículo 48 fija dos tipos de umbrales:

- Umbrales conjuntos:

Suma de las ventas en Chile de los agentes involucrados superen umbral del ejercicio anterior (US\$ 83 millones, según estimación del Ministerio de Economía).

- Umbrales individuales:

Cuando en Chile, por separado, al menos dos de los agentes involucrados registren ventas iguales o superiores al umbral establecido (US\$ 14 millones, según estimación del Ministerio de Economía).

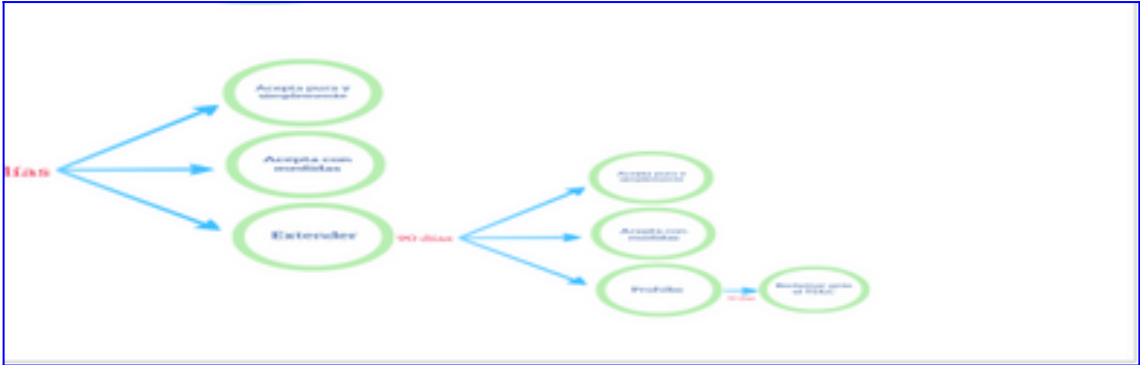
El Fiscal Nacional Económico puntualizó que la posición de la Fiscalía en esta materia es que el umbral debe ser un número alto y relativamente flexible, y en ese sentido no hay inconveniente que sea el Ministerio de Economía el que lo fije por decreto. Señaló que hay muy malas experiencias de países que establecen un control obligatorio, y fijan una suma baja, con una maquinaria estatal revisando operaciones que en definitiva no son relevantes.

En este punto, el Honorable Senador señor Tuma consultó si el monto establecido es para cualquier rubro, y si no sería conveniente fijar umbrales diferenciados, que dijeran relación con la realidad de cada rubro. Esta cifra resultaría caprichosa o arbitraria para algunos rubros, y muy eficaz para otros. Consultó cómo se justifican esas cifras para todos los rubros.

El señor Fiscal manifestó que ese tema ha sido largamente analizado, y se está trabajando en un informe interno para explicar la racionalidad de las cifras. Uno de los principales argumentos para no fijar umbrales diferenciados es el alto costo que implica hacerlo por rubro, y lo difícil, aleatorio y poco racional que es. Consideró que es preferible contar con una regla técnicamente “al mayoreo” que en su aplicación se va perfeccionando, recordó que la Fiscalía tiene 30 días para resolver y puede rápidamente descartar que se atente contra la libre competencia.

Notificación:

El señor Fiscal Nacional Económico presentó el siguiente esquema que grafica el modo como se va a llevar a cabo la notificación:



Destacó que este procedimiento contempla plazos muy rápidos, y que opera el silencio administrativo.

Puso de relieve que en el evento que la presentación de la notificación esté completa, una de las posibilidades es que en el plazo de 30 días la Fiscalía Nacional Económica “acepte con medidas”.

Agregó que es importante puntualizar que estas medidas las propone la propia empresa, no la Fiscalía, la que sólo las “visa”: Esto porque la Fiscalía tiene expertiz en conocer los riesgos, pero no en cuáles son las soluciones respecto de esos riesgos.

Ahora bien, la FNE puede resolver extender el plazo por 90 días adicionales, y en ese plazo: aceptar pura y simplemente, aceptar con medidas o prohibir la fusión. Hizo presente que nuevamente es la empresa que hace la presentación la que propone las medidas, y la FNE sólo las puede aceptar o si no está de acuerdo o no le parecen suficientes, prohibir la fusión, no es posible por ejemplo proponer modificaciones a las medidas; esto es importante para hacerlo eficiente y evitar que las empresas hagan “teoría de juego” en relación a las medidas.

Si la Fiscalía prohíbe la fusión se puede reclamar ante el TDLC en un plazo de diez días. Esta disposición fue perfeccionada en la Cámara de Diputados, y el Tribunal puede aceptar pura y simplemente, aceptar con medidas, e incluso puede redactar medidas nuevas; pero si redacta medidas nuevas está la posibilidad de un recurso ante la Corte Suprema. Sólo existe posibilidad de recurso en este último caso, en los restantes el procedimiento concluye; se prefiere el riesgo de un error, en pos de la eficiencia.

Respecto del estándar que regirá al análisis, será aquél que detecta una “reducción sustancial de la competencia”, utilizado en las jurisdicciones más desarrolladas en la materia. Este reemplazará al estándar actual, contemplado en el artículo 3° de la Ley de Defensa de la Libre Competencia: “tienda a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia”.

En caso de incumplimiento, se propone una multa de hasta 20 UTA (poco más de \$10 millones) por cada días de retardo en la notificación, contados desde el perfeccionamiento de la operación de concentración.

Se contemplan otras medidas y sanciones (incluyendo multas y desinversión), para aquellos casos en que los agentes económicos no suspendan una operación que ha sido notificada a la FNE o incumplan las medidas dispuestas.

El señor Fiscal Nacional Económico manifestó que el año 2014 se encargó a Deloitte un informe (estudio que se encarga cada dos años) para analizar una serie de aspectos relativos a la percepción del efecto disuasivo de las acciones de la FNE, en el que se entrevistaron a las contrapartes de la Fiscalía Nacional Económica, los abogados que litigan en estas materias. De acuerdo a ese estudio:

- Ante la pregunta de ¿cómo califica el nivel de análisis de la FNE en materia de fusiones?, un 5% de muy bueno, un 84% lo calificó de bueno, y un 11% de regular.

- Ante la pregunta ¿cómo califica el grado de intervención de la FNE en materia de fusiones?, un 79% lo consideró correcto y un 21% exagerado.

- Finalmente, ante la pregunta ¿considera que la Guía de Análisis de Operaciones de Concentración Horizontal es un avance en el control de fusiones?, un 95% estimó que sí.

2.- Multas:

El señor Fiscal Nacional Económico señaló que la University College of London, universidad muy prestigiosa en temas de libre competencia, el año 2014 realizó un diagnóstico del problema de las multas en nuestro país; el referido informe está en la página web de la Fiscalía, al igual que los otros informes que ha mencionado.

Se indicó que “el problema” es que en Chile las multas no son disuasivas. Hay que modificar el sistema, y el primer paso debe ser eliminar el tope.

En cuanto a “la Solución” se señala:

1. Definir multa base en función de: Beneficio obtenido; daño causado, o que sea equivalente a un porcentaje de los ingresos del infractor.

2. Aplicar multiplicador igual al inverso de la probabilidad estimada de detección. Estudios internacionales indican que la posibilidad de detección es de entre un 15% y un 25%, es decir aproximadamente un cuarto de los carteles se pueden detectar, de ahí la importancia de la delación compensada.

3. Multiplicar el resultado por la cantidad de años que operó el cartel.

4. Ajustar el monto de acuerdo a agravantes y atenuantes.

El señor Fiscal llamó la atención que se observa una simetría entre estas propuestas y las contenidas en el proyecto.

El señor Fiscal puso de relieve que existe consenso entre los expertos en relación a que las multas en nuestro país no son disuasivas.

De acuerdo al estudio de Deloitte:

- Ante la pregunta ¿considera que las multas se debiesen establecer en base a topes relacionados con un porcentaje de ventas del infractor?, un 56% estuvo de acuerdo, un 33% no respondió, y un 11% en desacuerdo.

- Ante la pregunta ¿cuál es el grado de disuasión que producen las sanciones del decreto ley N° 211 para casos de carteles?, un 5% lo estimó muy alto, un 42% lo consideró alto, un 37% bajo, un 16% muy bajo. Es decir, más del 50% cree que las sanciones son bajas.

“Sanciones no tienen relación con las ganancias anticompetitivas obtenidas por la empresa infractora. Por lo cual, es posible que en un caso concreto sea más rentable pagar la multa que abstenerse de la infracción”.

El señor Irarrázabal se refirió a la propuesta del proyecto en la materia:

- Aumento del monto máximo de las multas:

a. Hasta el doble del beneficio económico obtenido o

b. Al 30% de las ventas del infractor de la línea de productos o servicios asociados a la colusión, o

c. 30 mil UTA.

Puede ser cualquiera de las tres alternativas, son cifras altísimas, se trata de topes que se pueden fijar. Precisó que el caso de la letra c) es aplicable cuando hay entidades que infringen la libre competencia pero no son empresas, se trata de entidades que no generan beneficios ni ventas, por ejemplo el propio Estado, como ocurrió cuando la Fiscalía demandó a la Dirección General de Aguas, o una Asociación Gremial.

- Criminalización para casos de carteles duros (desde 5 años y un día hasta 10 años).

- Inhabilitación para desempeñar cargos u oficios públicos, ser director o gerente en empresas del Estado y en sociedades anónimas abiertas o ser directivo en asociaciones o colegios profesionales.

- Prohibición de contratar con el Estado.

Esta última medida ha sido bastante discutida, por el riesgo de perjudicar al Estado. Recalcó que es una medida eventual, habrá que analizar en qué casos se solicita, y el Tribunal evaluará en qué casos la aplica.

3.- Carteles:

El señor Fiscal Nacional Económico declaró que resulta claro que los carteles son malos, eso es indiscutible:

- Un cartel busca la ganancia fácil.
- Los coludidos logran un sobreprecio sustantivo.
- El hombre de negocios considera entre sus variables el costo de cumplir la ley.
- Hay que hacer que sea un mal negocio infringir la ley.

Se refirió a las sanciones que se contemplan en otros países.

En Estados Unidos:

Us\$100 MM Persona jurídica	1990 a 2010: US\$6,2 billones
US\$1 MM persona natural	1190 a 2010:\$74MM
Hasta 10 años de cárcel	367 individuos con sentencia por un total de 186.363 días de prisión (510 años)
Indemnización: Treble Damages	1990 a 2008:US\$29 billones

Hizo presente que Estados Unidos es el único país en que los daños y la cárcel han funcionado. Los otros sistemas mixtos han sido muy poco exitosos.

Estados Unidos ha sido efectivo en la persecución de atentados contra la libre competencia sólo a partir de la delación compensada: Es por eso que ha sostenido la importancia de la delación compensada, pues el delator es quien proporciona la información necesaria para desbaratar carteles, y la posibilidad que exista un delator inhibe la formación de carteles.

El sistema de daños es privado, y no interfiere en la determinación del mundo público.

Europa: 30% de las ventas, con un tope del 10%.

2008	€2,3 billones
2009	€1 billones
2010	€2,9 billones

2011	€0,6 billones
2012	€1,9 billones

Puntualizó que en Europa no se consagra indemnización de perjuicios, sólo multas que son millonarias.

El sistema chileno en la actualidad, artículo 26 del decreto ley N°211, contempla las siguientes medidas: Modificar contratos; disolver entidades, y la imposición de multas: Carteles: 30.000 UTA. No carteles: 20.000 UTA.

Para la determinación de multas se considera: beneficio económico; gravedad; reincidencia; colaboración ante la FNE, y otras.

El señor Irarrázabal informó la propuesta del proyecto en materia de carteles:

- Cartel per se. Con esta medida, ya no hay discusión en relación con el mercado relevante, los efectos, etc; esa discusión se tiene a propósito del monto de la multa, no de la configuración de la infracción. Disminuye mucho la defensa de las personas que se cartelizan, y aumentan las posibilidades de obtener una sentencia condenatoria.
- Posibilidad de cárcel por cartel duro.
- Fortalecimiento de la delación compensada. El sistema de multas blindo al primer y segundo delator, al segundo con hasta un 50% de la multa que le habría correspondido. En materia penal, que es eventual, sólo el primero obtiene el blindaje.
- Inhabilidad para cargos públicos.
- Interlocking.
- Delito por proporcionar información falsa. Esto es muy relevante en el sistema, mentir a una autoridad en el contexto de una investigación es grave, en Estados Unidos un tercio de las personas presas es por mentir a la autoridad. Esto va a hacer que el mundo privado trabaje en armonía con el mundo público en la entrega de la información.
- Multas por información incompleta.

4.- Estudios de mercado:

De acuerdo a un informe de la OCDE sobre estudios de mercado, del año 2015, el problema es que la facultad de realizar estudios de mercado no está consagrada en la ley chilena. La FNE no puede solicitar información a particulares fuera del contexto de una investigación.

El señor Fiscal precisó que realizan estudios de mercado una vez al año, pero tienen esa importante limitación.

La ley no contempla una sanción específica en caso de que los órganos públicos no colaboren con información y sólo considera sanciones generales para entidades privadas.

El citado informe de la OCDE, evidenció que estamos atrasados en esta materia, respecto de los organismos Latinoamérica.

Los estudios de mercado son muy importantes, y contando con esta facultad consagrada en la ley, y siempre que se cuente con los recursos necesarios, se podría llegar a hacer dos o tres estudios al año, que podrían detectar mercados específicos en los que pueden existir problemas, un buen diagnóstico con información de calidad.

La propuesta del informe es otorgar a la FNE facultades explícitas para:

- Realizar estudios de mercado y emitir recomendaciones.

- Obligar tanto al sector privado como al público a presentar la información requerida para efectos de la realización de estudios de mercado.

- Imponer sanciones para efectos del incumplimiento en la entrega de los requerimientos de información.

Según el estudio, la FNE deberá tener reglas y procedimientos para salvaguardar la información sensible provista por los agentes económicos y autoridades gubernamentales como resultado del ejercicio de los estudios de mercado.

El gobierno, por su parte, debería:

- Comprometerse a otorgar recursos humanos y económicos suficientes que permita a la FNE realizar regularmente estudios de mercado.

- Comprometerse a responder públicamente a las recomendaciones derivadas de los estudios de mercado, en un período máximo de seis meses.

La **propuesta del proyecto en esta materia** es dotar a la FNE de la facultad de realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados, para lo cual podrá recabar información tanto de particulares como de instituciones públicas.

5.- Indemnizaciones:

El señor Fiscal manifestó que actualmente las resuelven los tribunales ordinarios en un procedimiento sumario.

Puntualizó que este es un tema que no dice relación con la Fiscalía Nacional Económica, y si las organizaciones de consumidores y otros organismos, no han sido eficientes en obtener indemnizaciones, no es un tema que le competa a la Fiscalía.

¿Qué propone el proyecto?

El proyecto propone medidas que debieran aumentar la eficiencia en la obtención de indemnizaciones:

- Se propone que TDLC sea competente para conocer indemnizaciones de perjuicios. El mismo organismo que ya vio el proceso de multa, y que cuenta con un know how económico dado que dos de sus ministros son economistas. El procedimiento sigue siendo el sumario.

- Se contemplan asimismo acciones clases.

Luego, el señor **Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Tuma**, le ofreció la palabra al **ex Ministro del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, señor Radoslav Depolo**.

El ex Ministro del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, señor Radoslav Depolo indicó que la exposición realizada por el señor Fiscal Nacional Económico entregó una visión general de la modificación legal en discusión y que él entrará a analizar cómo funcionan las distintas piezas entre sí y como encajan unas con otras.

Antes de proceder al análisis anunciado, dió su opinión general en relación a la iniciativa, indicando que el proyecto es bueno y necesario en todos los puntos que aborda. Por lo anterior, considera que lo único que es necesario analizar su mecánica interna, es decir, cómo se ha estructurado y qué problemas podría generar, así como viene, y, por ende, plantear cambios y ajustes.

Hizo presente que seguirá el orden del proyecto, para su mejor comprensión, abordando los siguientes temas:

1.- Penalización de la colusión; analizará particularmente algunos problemas de ajustes en relación al conocimiento de una causa por libre competencia y otra penal al mismo tiempo, sobre todo en materia de delación compensada.

2.- Control de operaciones de concentración:

3.- Análisis transversal de cómo el proyecto le otorga más poder a la Fiscalía Nacional Económica en relación al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Lo anterior no necesariamente mal ni bueno, será necesario analizar cómo están funcionando internamente los sistemas de contrapeso.

4.- Conexión que por primera vez se realiza expresamente entre la ley de defensa de la libre competencia y la ley sobre protección de los derechos de los consumidores.

Finalmente, abordará algunos aspectos procedimentales y otros temas variados.

1.- En relación a la tipificación del delito de colusión, contemplado en la letra a), nueva, que el proyecto introduce al artículo 3° de la ley vigente.

“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.”.

Considera un gran aporte del presente proyecto trabajar con el modelo per sé, pero estima necesario revisar la segunda parte de la letra a), donde dice “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”. La lectura de esta parte de la disposición, en relación a la primera parte de la misma letra, podría conducir a algún tipo de confusión dado que la segunda parte exige se “se confiera poder de mercado”, mientras que la otra no lo hace. Así, no está claro cuáles hipótesis podrían ser unas y otras. La jurisprudencia tendrá que determinarlo. Será una fuente de discusión.

Llamó la atención en cuanto a que el proyecto no modifica la letra c) del texto actual. Estima que esta es una buena oportunidad para hacerlo, porque confunde prácticas predatorias con actos de competencia desleal, lo que conceptualmente es un error. Las prácticas predatorias deberían estar consideradas junto con la descripción de los abusos. Por su parte, los actos de competencia desleal son una categoría independiente.

En relación a las nuevas tipificaciones por incumplimiento de las normas asociadas a las operaciones de concentración señaló que, en general, son correctas.

2.- Respecto al régimen interno del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, hizo comentarios en relación al artículo 6°.

Indicó que le llama mucho la atención que la disposición propone que el Presidente del Tribunal sea designado dentro de los mismos integrantes abogados del tribunal por mayoría simple, quien ejercerá el cargo por el plazo de 2 años. Recordó que hasta ahora la designación del Presidente del Tribunal es el resultado de un proceso que comienza con una quina formada por la Corte Suprema, previo concurso público, que pasa a su Excelencia la Presidenta de la República, quien lo designa dentro de la quina propuesta.

Prefiere no innovar sobre esta materia y que se mantengan las normas actualmente vigentes. Estima que poner en manos de los propios miembros del Tribunal la designación de su Presidente puede llegar a producir espectáculos lamentables, como luchas internas y politización. Además, el sistema actual funciona perfectamente bien, en cuanto a que un Presidente designado por un período de seis años puede llevar a realizar, junto a los ministros que lo acompañan, lo que quiera realizar en cuanto a lo que esperan del Tribunal. Con la modificación propuesta por el proyecto, lo anterior se perdería.

Sobre este punto, el Honorable Senador señor Pizarro indicó que la norma propuesta por el proyecto, al reducir el periodo de la Presidencia del Tribunal a dos años, abre la posibilidad que cada uno

de los miembros abogados del Tribunal sea Presidente, De esta manera no se producirían los problemas internos que el señor Depolo piensa que podrían generarse.

Luego, se refirió positivamente al régimen de dedicación exclusiva que el proyecto propone a los miembros titulares del Tribunal. Compartió con la Comisión que en su experiencia de diez años como miembros titular del TDLC, a pesar de la fortaleza del régimen de inhabilidades, estuvo bajo mucha presión de no equivocarse porque, como estaba permitido el ejercicio libre de la profesión, la fuente de conflictos pueden ser muchas. En suma, la dedicación exclusiva es una buena medida. Sin perjuicio de lo anterior, el problema se presenta una vez finalizado el período del ejercicio del cargo, toda vez que se mantiene la inhabilidad de un año con fuertes limitaciones para el ejercicio profesional, la cual sí se entiende hoy porque la legislación vigente permite ejercer. En cambio, ahora la situación cambiaría.

3.- En relación a las facultades del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, TDLC.

Estima positivo que el proyecto considere la creación de la consulta residual, distinta de la fusión. Con ello se superará la dificultad que existe actualmente de definir si lo que se consulta es una fusión o algo distinto a fusión; si son actos por celebrarse o celebrados; etc. Lo anterior, propuesto por el proyecto en el número 2 del artículo 18.

Persiste el uso del concepto “asuntos de carácter no contenciosos”, que ha generado muchos problemas de aplicación práctica por el Tribunal. Por ejemplo, es muy difícil distinguir entre lo que es una consulta de lo que, en jerga del Tribunal, se denomina una “consulta demandosa”, es decir, alguien que demandada a otro ante el Tribunal pero para evitar el litigio contencioso de lata duración, lo que hace es formular una consulta al TDLC. Estima que de permanecer en la ley el referido concepto, tales problemas podrían continuar generándose, lo que redundaría en incertidumbre.

En relación a la facultad de conocer de los recursos contra las resoluciones del Fiscal Nacional Económico que rechaza una operación de concentración se referirá más adelante, al momento de abordar precisamente las operaciones de concentración.

Luego hizo presente un problema que puede afectar a las Regiones, porque el proyecto rigidiza la posibilidad de tener término probatorio extraordinario fuera del territorio jurisdiccional del Tribunal, es decir, fuera de Santiago. Lo anterior encarece y dificulta a las partes que no viven en Santiago. Entiende que para la Fiscalía Nacional Económica lo que propone el proyecto es un cómodo para ellos, pero para las partes afectadas hace más difícil el acceso a la justicia en ese punto.

4.- En relación a las multas.

Indicó que tiene solamente comentarios menores, pero que, en aras del tiempo, no los hará.

Sí se detuvo en relación a la multa que el proyecto considera imponer para el caso de no notificar una operación de concentración que deba ser notificada. Se trata de una multa diaria que no tiene tope en el tiempo. Luego, podría darse el caso que pase mucho tiempo sin dar cumplimiento a la obligación y que, por tanto, debería aplicarse una multa diaria 20 unidades tributarias anuales, U.T.A., por día. Tal situación genera un grado importante de incerteza que es necesario abordar y resolver.

5.- En relación a la indemnización de perjuicios y al procedimiento no contencioso.

No son asuntos que le generen comentarios.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, hizo notar algunas observaciones al nuevo artículo 31 bis, que regula el procedimiento por el cual el tribunal conoce del recurso interpuesto por las partes a quienes se les ha rechazado una operación de concentración sobre Fiscal. Le llama la atención el procedimiento no considere de plazos. No resuelve cuánto puede durar la resolución de este recurso.

6.- Sobre la delación compensada.

Abordar adicionalmente la interacción entre el mundo penal y el mundo no penal.

El proyecto de ley en análisis, a diferencia de lo que ocurre con la legislación vigente, sólo considera un beneficio en sede de libre competencia hasta el segundo en auto denunciarse, consistente en hasta el 50% de la reducción de la multa, si se cumple con los requisitos. Pero, en materia penal la inmunidad sólo beneficia al primero que delata, por lo tanto, el segundo no tiene beneficios en sede penal. Lo anteriormente expuesto, genera una incoherencia, porque el incentivo de saber que si llega segundo igual tendrá una sanción penal, porque no se le dará la inmunidad, puede producir dos cosas: que la gente se cierre más y no se atreva a auto denunciarse, o que sea una apuesta para quien concurra primero, es decir, que sólo llegue uno y con todo. De acuerdo a la legislación actualmente vigente en esta materia, el segundo o el tercero pueden alcanzar algún tipo de beneficio, y pueden aportar información complementaria que el primero en delatarse no dijo o no quiso dar. Si no se le da un beneficio penal al segundo, aunque sea una atenuante de responsabilidad, desaparece la posibilidad de contar por la información complementaria por la vía de un segundo auto denunciante.

7.- En relación a los estudios de mercado.

Estima que hay elementos ausentes en relación a la materia.

Cuando el Fiscal recabe información de los privados para hacer informes de mercado, el Fiscal debe hacerse responsable de esa información. Se pregunta qué uso de esa información puede hacer el Fiscal, aparte del uso concerniente a la preparación de informe del mercado. ¿Puede o no puede utilizar esa información para iniciar una investigación? Porque cuando un privado entrega información para un estudio de mercado, la actitud, el contexto, los riesgos, el derecho a defensa, entre otros elementos, son muy distintos a cuando esa misma información es solicitada con motivo de una investigación.

Entiende que debe respetarse el principio general de confidencialidad que está en la ley respecto a los funcionarios de la Fiscalía.

8.- Sobre la definición de operación de concentración.

Se refirió a la hipótesis contenida en la Letra d) del artículo 47:

“d) Uno o más de ellos adquiera el control sobre los activos de otro, a cualquier título”.

Requiere un ajuste técnico porque alude a los activos. Pero, ¿a cuáles activos se refiere?. Puso como ejemplo que un privado adquiera un activo cuyo costo supere el umbral definido por la ley, y que, sin embargo, que ello no traiga como consecuencia que el otro desaparezca como competidor.

Luego, propone que la norma precise el activo al cual se refiere. Por ejemplo, que se trate de un activo sustancial; un activo que le permita tener el control del mercado; que la adquisición de activo signifique para quien lo vende desaparecer como competidor.

También debe ser agregado el adjetivo “directamente”, para que exista armonía con las otras hipótesis del mismo artículo.

9.- Sobre quién está obligado a notificar una operación de concentración al Fiscal Nacional Económico, si se han superado los umbrales establecidos por la ley.

En lo pertinente, el artículo 48 dispone lo siguiente:

“Estarán obligados a practicar la notificación de la que trata este artículo conjuntamente los agentes económicos que hayan tomado parte en la operación de concentración.”.

Estima que sería positivo precisar si es posible que tal notificación sea realizada sólo por uno de tales agentes económicos, como el adquirente, posible vencer necesariamente ambos.

Es necesario aclarar este punto porque, además, involucra un asunto de costos.

10.- En relación al procedimiento.

Echa de menos lo siguiente:

-¿Qué pasa antes del momento en que una parte entra con la notificación a la F.N.E.? Existe una preparación para llegar bien parado a ese acto de notificación al Fiscal de la fusión, que implica mucho tiempo y recursos. Está reconocida formalmente en el proyecto.

En otras palabras, por muy cortos que sean los plazos siempre hay algún período previo a la notificación. En otras jurisdicciones se consideran conversaciones previas por la propia Fiscalía, de carácter colaborativas, con la finalidad que la partes sepan sí que están presentando está bien o no.

Introduciendo tal posibilidad se disminuye el riesgo de notificaciones incompletas.

-Sobre el recurso ante operaciones de concentración rechazados, en la hipótesis que propone el proyecto de ley en análisis.

Se ha dicho que, en esta materia, las condiciones son ofrecidas por las partes concernidas. Pero, su intención es correr un velo, porque le ha tocado conocer cómo funciona el sistema, que es muy parecido en todo el mundo. Lo que sucede en la realidad es que las condiciones se negocian. Se da un tira y afloja entre Fiscal y partes. Lo que ocurre es que formalmente las condiciones son ofrecidas por las partes, pero previo a ello hay un grado de conversación importante con el Fiscal, lo cual no se encuentra reflejado en el proyecto.

Su preocupación es que tal circunstancia puede generar un grado de asimetría, en donde la fiscalía llevaría la parte del león, toda vez que existe una diferencia muy sutil entre que las partes ofrezcan condiciones y que el fiscal las imponga para poder aprobarlas.

Lamenta que en esa instancia no exista mecanismo de control que permita ver qué es lo que realmente está pasando dentro de esta caja negra.

La circunstancia de no poder reclamar de una operación de concentración que me ofrecen, deja en un grado de indefensión a la parte que la acepta, porque no ha tenido más remedio que hacerlo. Reconoce que también puede desistir de la operación.

11.- En el proyecto el Fiscal pasa de ser un Fiscal poderoso a un Fiscal súper poderoso.

Reconoce que el Fiscal necesita más facultades, pero echa de menos algún grado de contrapeso o compensación interna dentro de la institución de ese poder.

En otros modelos organizacionales de defensa de la competencia en el mundo, el organismo supervisor cuenta con dos instancias internas: un cuerpo investigativo que es distinto del cuerpo que toma las decisiones, y, además, existe la figura de un consejo asesor interno, en relación al cual para algunas situaciones y operaciones se requiere de su aprobación vinculante, como por ejemplo, para aprobar determinadas funciones o para iniciar la acción penal.

Lo anteriormente expuesto no está considerado en el proyecto actualmente en discusión. Incluirlo ayudaría a despejar las aprensiones que puedan existir en relación a un poder aparentemente excesivo que el proyecto le otorga al Fiscal Nacional Económico.

12.- Otros temas no resueltos.

a.- Las colusiones de dos. ¿Sólo de dos, no de varios?

b.- El acceso al expediente de investigación de la Fiscalía Nacional Económica por parte del Ministerio Público, asunto actualmente en discusión, y que ha generado una contienda de competencia que será resuelta en los próximos días por el Tribunal Constitucional.

Opina que tal acceso debe tener ciertos cuidados. El Ministerio Público debería construir su propio expediente. Es cierto que hay piezas y partes del expediente de la Fiscalía Nacional Económica que son piezas y partes esenciales para la investigación del Ministerio Público, pero se trata de investigaciones separadas, para objetivos distintos y responsabilidades diversas. Luego, tal acceso debería ser limitado.

A continuación, hizo uso de la palabra **el profesor de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, señor Renzo Arata.**

Anunció que limitará su intervención para desarrollar los siguientes dos puntos:

1.- La acción civil en materia antimonopolio.

Es muy importante establecer la relación que hay entre la ley antimonopolio y la ley sobre protección de los derechos de los consumidores. Al respecto existe un gran vacío tanto doctrinario como legislativo.

Hizo presente que el sistema actual funciona de la siguiente manera: existe un procedimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que al terminar con la respectiva sentencia definitiva ejecutoriada, recién, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 30, los consumidores afectados pueden ejercer acciones individuales en un procedimiento sumario. Lo anteriormente expuesto significa, en la práctica, que la protección anti monopolio es solamente una vía pública administrativa. ¿Por qué? Porque implicaría que un número no menor de afectados establecieran acciones individuales ante un tribunal civil, contratando un abogado, para obtener una indemnización tres años después. En su parecer, el escenario antes señalado no es otra cosa que indefensión.

Uno de los temas más litigiosos más importantes del momento, luego que la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa SERNAC contra Cruz Verde, dio la posibilidad de acciones colectivas y de clase en materia antimonopólica.

A este respecto, el artículo 2° del proyecto es clave, al permitir las acciones colectivas y de clase en esta materia. Es decir, el procedimiento antimonopolio, las asociaciones de consumidores, el Sernac y los afectados, organizar acciones colectivas.

La importancia de esta modificación es que cambia el paradigma en materia de protección. El paradigma que era una protección pública de la defensa de la libre competencia. Después del fallo contra las empresas avícolas, una asociación de consumidores presentó una demanda por US\$ 8.000 millones de dólares. Luego, la protección de la defensa según referencia viene por vía pública y también por vía de acción civil. Es decir, en parte, el sistema norteamericano.

Enseguida, se refirió al artículo 30 propuesto por el proyecto. Fruto de las modificaciones que tuvo en la Cámara de Diputados, establece que las acciones individuales de indemnización de perjuicios serán conocidas por el tribunal de defensa de la libre competencia, TDLC. Pero las acciones de clase serían de competencia de los tribunales ordinarios. Es un punto que es necesario aclarar en el artículo 2 del proyecto, en el sentido que tanto la acción individual como la acción colectiva estén radicadas en el mismo tribunal.

2.- El régimen de sanciones.

Hizo presente que el régimen de sanciones está considerado del artículo 26.

El sistema actual considera tres sanciones bien definidas: modificar el contrato; la disolución de la sociedad, y las multas.

En su parecer, el régimen de multas claramente no es disuasivo. Así también lo planteó tanto el Fiscal Nacional Económico como el profesor Depolo. El sistema actual con un tope de 30.000 unidades tributarias anuales, U.T.A., no ha sido disuasivo en los tres casos de colusión más importantes.

Considera que lo que establece el informe de la Universidad de Londres es claro y unánimemente compartido en el sentido que el referente en materia de las multas es el beneficio económico obtenido por la colusión. De esta manera, el que viene atrás, en base a un simple análisis económico, no realizará la misma acción.

Considera adecuado el monto de las multas, así como la forma de regularlo, estableciendo un máximo del doble del beneficio económico obtenido con un tope del 30% de las ventas.

Llamó la atención sobre el siguiente punto, tanto político como de técnica legislativa: ¿es necesario criminalizar este ilícito?

Considera que desde el punto de vista disuasivo la aplicación de multas del monto, al cual anteriormente hizo mención, es suficiente.

Si uno va por la criminalización de la colusión, podrían generarse diversos problemas:

1.- En materia de delación compensada. Podría haber un desincentivo a la delación compensada si la ley no considera una eximente en materia penal.

2.- Tener dos procedimientos paralelos.

3.- El costo que implicaría para el Ministerio Público perseguir este tipo de delitos.

Viendo la experiencia de países anglosajones, como Inglaterra, en diez años se ha condenado solamente a cuatro personas por este ilícito. Pensando en el costo de ello ha significado, es un punto que debe analizarse con profundidad.

Si es que llega a penalizarse la colusión, está completamente de acuerdo que se sancione con pena del crimen, es decir, con una pena de presidio mayor de entre cinco años y un día a diez años.

Esta es la única manera de lograr el objetivo disuasivo que persigue la criminalización de la colusión.

Finalizó su exposición compartiendo con la comisión las siguientes observaciones:

-En relación con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, TDLC. Comparte la idea propuesta por el proyecto en relación a la exigencia de dedicación exclusiva a los integrantes del tribunal.

-Sobre la delación compensada. Ve que podría generarse un problema respecto de criminalizar la colusión, en los términos a los que se refirió anteriormente.

-Le parece bien que la Fiscalía Nacional Económica tenga la facultad de proponer modificaciones normativas, que pasan del Tribunal de Defensa en Libre Competencia a la Fiscalía. Sin embargo, considera más adecuado que tal facultad permanezca en ambos organismos.

-En relación a la nueva sanción en los casos de colusión consistente en la prohibición de contratar con el Estado. Estima que es riesgoso, toda vez que podría llegar a ser incluso contrario a los intereses del propio Estado, pensando en un escenario en que la empresa sancionada sea la única que exista en el mercado o que sea una empresa importante dentro un mercado de pocos oferentes. Luego, podría provocar un perjuicio para el Estado esta sanción. Por ejemplo, que el Estado deba recurrir a importar desde otros países productos del tipo de la empresa sancionada y aumentar los costos para abastecerse.

Finalizadas las exposiciones, los Honorables Parlamentarios presentes formularon consultas y comentarios.

El **Honorable Senador señor Moreira** realizó varias consultas al Fiscal Nacional Económico.

En primer lugar, mencionó la relevancia que tendría, de acuerdo a la exposición del señor Fiscal, la delación compensada en la investigación y desbaratamiento de carteles. La “inmunidad” beneficia al “primer delator”, y su consulta es qué ocurre con los demás ejecutivos de la misma empresa, que forman parte del mismo equipo, si no gozan de ningún beneficio y por qué razón. Pidió un pronunciamiento y opinión del Fiscal Nacional Económico en esta materia.

En relación a las multas, preguntó en qué porcentaje de los casos la Fiscalía Nacional Económica puede efectivamente llegar a determinar el precio que hubiera tenido un producto en caso de no haber colusión. Esto es importante no sólo para tener un elemento al momento de fijar la sanción, sino que también para eventuales demandas de indemnización de perjuicios por parte de los consumidores.

Finalmente, se refirió a la exposición que en una sesión pasada realizó la Confederación de la Producción y el Comercio, que planteo que debía exigirse que el tipo penal tenga como requisito que se produzca un daño en el mercado, y sin daño no hay delito. Consultó por la conveniencia de lo planteado.

La **Honorable Senadora señora Pérez** también se refirió a la delación compensada, específicamente a qué ejecutivos de una determinada empresa beneficiaría. Las estructuras de las empresas son distintas, y sería importante tener claridad sobre este punto.

Por otra parte, y en referencia al evento en que sean sólo dos los coludidos, hipótesis que mencionó el señor Depolo, preguntó a quien se aplica la sanción.

Asimismo consultó al señor Depolo cuál es el fundamento de su posición contraria a incorporar una sanción penal para los involucrados en casos de colusión.

El **Honorable Senador señor Pizarro** también abordó la exposición del señor Depolo. Pidió que aclare el planteamiento respecto del aumento del poder del Fiscal Nacional Económico que se constata en el proyecto, y la necesidad de establecer un contrapeso al interior de la propia Fiscalía, para los efectos de tomar decisiones o iniciar cierto tipo de acciones. Se interesó por el tipo de acciones en que debe existir ese contrapeso, y en que instancia de contrapeso está pensando.

El Fiscal Nacional Económico dio respuesta a las inquietudes planteadas.

En primer lugar se refirió a las consultas en relación de a quien cubren los beneficios de la delación compensada, y afirmó que se trata de un tema muy complicado.

Hizo presente que en esta materia hay dos filosofías distintas, según si se enfrenta desde el punto de vista sancionatorio administrativo, o penal.

La Fiscalía Nacional Económica considera que cuando la empresa se delata, la delación incluye a sus ejecutivos, incluso a sus anteriores ejecutivos. Esto pues las declaraciones de esos ejecutivos y ex ejecutivos son muy importantes para poder configurar el cartel; si están todos alineados, es una ayuda relevante para entender bien cómo ocurrieron las cosas. En los carteles lo más importante es comprender cómo se hace el contacto, y cuál es el contenido del acuerdo, y muchas veces se deja poco o ningún rastro, lo que aumenta la importancia de estas declaraciones.

Hizo presente que en la solicitud de delación, si es la empresa la que la pide, la Fiscalía solicita se indique quienes están comprendidos en la delación.

Ahora bien, si hay algún ejecutivo o ex ejecutivo que no coopera y más bien obstaculiza, se puede hacer una excepción en su caso, y que no se vea beneficiado con la delación; esto se contempla en el borrador de la nueva guía. Pero esto es algo excepcional, en principio todos los involucrados de la empresa que se delata están cubiertos.

En relación al mundo penal, la lógica es otra, por cuanto se sanciona precisamente a una persona natural, no es una lógica de personas jurídicas.

Son dos sistemas con ecologías distintas.

En cuanto a la pregunta respecto de las multas, indicó que la Fiscalía Nacional Económica se ha autoexigido establecer informes económicos sobre los daños, lo que no ocurre en otras legislaciones sofisticadas, especialmente por la consagración de carteles per se. Esa exigencia de informe, incluso externo en ciertos casos, hace que el proceso ante la Fiscalía sea más largo y complejo. En su parecer es un ejercicio positivo de hacer, pero que en ocasiones puede ser muy hipotético, y son muy discutibles, particularmente en el caso de carteles muy estables en que no hay un episodio donde compitieron; si hay un episodio competitivo, se podría suponer que ese es el precio de mercado.

Ahora bien, no tiene clara la utilidad de ese informe para los casos de indemnización de perjuicios, es un tema que debe ir desarrollándose.

El señor Fiscal abordó la tercera pregunta del Honorable Senador señor Moreira, relativa al tipo penal. Manifestó que no está de acuerdo con el comentario de la CPC, pues el tema de la libre competencia tiene más bien el carácter de un delito de peligro, no sólo que produzca efectos.

En respuesta a la Honorable Senadora señora Pérez, para el evento en que sean dos los coludidos, y dos los delatores, y cuál es la sanción para el segundo, explicó que el sistema de Estados Unidos y de Europa es distinto.

Estados Unidos sólo beneficia al primer delator, y el resto llega a acuerdo, un bajísimo porcentaje va a juicio. Europa contempla dos e incluso más.

Sostuvo que con más delatores beneficiados, dos como el caso chileno, el efecto es positivo, pues la Fiscalía “se ahorra” que se controviertan los aspectos principales de un cartel. Puso de relieve que un juicio es muy caro para la Fiscalía Nacional Económica, por lo que tienen que ser muy selectivos en los juicios que llevan adelante, contar con pruebas contundentes que garanticen el éxito.

El señor Depolo dio respuesta a las consultas planteadas.

En respuesta a la Honorable Senadora señora Pérez, reiteró que su opinión es contraria a establecer sanciones penales, aunque reconoció, por honestidad intelectual, que es un tema sumamente debatible, y las dos posiciones tienen fuertes argumentos. Agregó que sus argumentos en contra tienen una base fundamentalmente empírica, la comparación de los resultados de sistemas de “enforcement” con y sin sanción penal no difieren mucho, y el penal es mucho más costoso: recursos fiscales que se involucran, problemas de coordinación, duplicidades, curvas de aprendizaje, estándares de prueba más exigentes, etc.

Declaró que no hay que perder de vista el objetivo, hay que retrotraerse al objeto del bien jurídico protegido, que es que el proceso competitivo se restaure, y funcione lo más sanamente posible, atendidas las condiciones de un mercado determinado. Y desde su punto de vista, con base empírica, la sanción meramente administrativa y las otras medidas que se pueden adoptar junto a las multas, son un instrumento suficientemente eficiente e incluso disuasorio.

En relación a la consulta del Honorable Senador señor Pizarro, explicó que, el proyecto tal como está redactado, tiene ciertos puntos de decisión en que la Fiscalía Nacional Económica no tiene contrapesos, como ocurre por ejemplo en las operaciones de concentración, cuando la Fiscalía las aprueba o lo hace con condiciones, no hay ningún balance ni chequeo de esa actuación administrativa; no se consagran recursos.

En otros países, hay un organismo interno, o que está al lado, al cual debe recurrir el Fiscal antes de adoptar esa decisión, para poder validar que el trabajo está bien presentado y bien hecho, de acuerdo a las normas técnicas que regulan esta actividad decisoria. Este órgano podría intervenir en el caso visto de la autorización de una fusión; si hay acción penal, para decidir si se ejerce la acción penal; y en otros aspectos menores. Otra alternativa es contemplar recursos para el caso de aprobación de una fusión, o aprobación con condiciones, pues hoy la ecología de este proceso es enteramente cerrada.

El Honorable Senador señor Tuma realizó una reflexión. Manifestó que el proyecto de ley tiende a mejorar nuestra institucionalidad de libre competencia. Se ha focalizado el actuar en la sanción al delito de colusión, luego de los últimos hechos de colusión que

han afectado al país, que sin duda han dado un nuevo impulso a esta iniciativa y gatillado la urgencia.

La comunidad nacional está alarmada de lo que está ocurriendo, y de lo que puede ocurrir.

El proyecto también analiza las operaciones de fusión y cuáles son los límites; es difícil fijar un límite de concentración. Ha quedado evidenciada la preocupación de los usuarios porque en Chile tenemos un modelo de economía altamente concentrado, lo que crea un ambiente muy favorable para la formación de carteles. La chilena es una economía que tiene una de las mayores concentraciones del mundo en todos los rubros, declaró: el 99% del mercado telefónico se concentra en 3 empresas; el 95% del mercado de las Isapres, en 5 empresas; el 90% del mercado de las farmacias, en tres empresas, el 85% del mercado de los supermercados, en tres empresas; el 75% de las AFP, en tres empresas; el 95% del mercado de los detergentes, en dos empresas, etcétera.

Su preocupación es si en este proyecto se van establecer mecanismos e instrumentos que sean eficaces, no sólo para revisar y autorizar las fusiones, sino para impedir estas concentraciones, que atentan no sólo contra los derechos de los consumidores, sino también contra los derechos de los emprendedores. Es un problema no resuelto en esta iniciativa, y espera que se hagan enmiendas que apunten en ese sentido, para tener un mercado con mayor competitividad y más garantías para competidores y consumidores.

- - - - -

En sesión 21 de diciembre 2015 la Comisión concluyó las rondas de audiencias escuchando a los siguientes invitados: la Fiscalía Nacional, Ministerio Público; el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; la Sociedad Fomento Fabril (SOFOFA); el economista señor Aldo González; los abogados y profesores señores Juan Pablo Hermosilla; Juan Pablo Mañalich; Cristóbal Caviedes, y Juan Cristóbal Gumucio.

1.- Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

En representación del Ministerio Público intervinieron la Directora Ejecutiva Nacional, la señora Francisca Werth, y el abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, señor Andrés Salazar.

Realizaron un análisis del boletín N° 9.950-03, en la presentación titulada

“Modificaciones al sistema de defensa de la libre competencia e inclusión en el Código Penal del nuevo delito de colusión”

INTRODUCCIÓN



Hicieron presente el escenario legislativo actual en relación a la materia en discusión, particularmente respecto de los siguientes proyectos: Boletines N°s. 6.454-07; 9.028-03; 10.366-03 y 9.950-03.

TIPO PENAL DE COLUSIÓN.

Artículos 286 Bis Inciso 1°, 2° y 3°.

“Art. 286 bis. Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo quien celebre, implemente, ejecute u

organice acuerdos, convenciones, contratos o convenios que involucren a dos o más competidores entre sí, persiguiendo cualquiera de los propósitos siguientes:

1°. Fijar el precio al que sean ofrecidos o demandados bienes o servicios en uno o más mercados.

2°. Limitar la producción o provisión de bienes o servicios.

3°. Dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de un mercado de bienes o servicios.

4°. Afectar el resultado de licitaciones públicas o privadas convocadas por órganos de la administración del Estado, por empresas públicas creadas por ley, por empresas en las que el Estado tenga participación o en las que el Estado haya aportado subvenciones o fondos públicos destinados a la adquisición del objeto de la licitación.

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

La pena establecida en el inciso primero llevará siempre consigo la de **inhabilitación absoluta** para desempeñar cargos u oficios públicos, cargos de director o gerente en empresas del Estado, cargos de director o gerente en sociedades anónimas abiertas, así como cualquier cargo directivo en asociaciones gremiales, empresariales o de consumidores, partidos políticos o colegios profesionales, por un plazo de **cinco años** contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

Respecto del delito previsto en este artículo será aplicable lo dispuesto en la ley N°18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena **sustitutiva 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 sentenciado.**

RÉGIMEN DE ACCIÓN PENAL.

Incisos 1°, 2° y 3° del artículo 286 quáter.

“Art. 286 quáter. Las investigaciones de hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis **sólo podrán ser iniciadas por querella de la Fiscalía Nacional Económica. Una vez iniciada la investigación, las víctimas** podrán ejercer sus derechos como querellante, de conformidad al Código Procesal Penal.

Si los hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis pudieren ser sancionados con las medidas contempladas en el artículo 26 del decreto ley N°211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de

ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, **el Fiscal Nacional Económico podrá, discrecionalmente,** interponer la respectiva querella **y, o** presentar requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

En caso de que el Fiscal Nacional Económico decida interponer querella en relación con hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis y presentar requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, deberá hacerlo simultáneamente una vez terminada la investigación respectiva...”.

--Régimen de acción penal del Boletín N° 9.950-03: Contradicciones y anomalías sistémicas.

Artículo 83.- Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, ***dirigirá en forma exclusiva la investigación*** de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales.

El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal.

Oficio N° 52-2015 de 28 de abril de la Excma. Corte Suprema:

*“...sin perjuicio que la criminalización del delito de colusión integra una política de orden público económico, **no aparece clara la razón por la que las investigaciones de los hechos para configurar este ilícitos sólo deban iniciarse por querella de la Fiscalía Nacional Económica, sustrayendo de este cometido al Ministerio Público que tiene asignada en general la exclusividad en la investigación de los delitos**”*

Artículo 109 CPP. Derechos de la víctima. La víctima podrá intervenir en el proceso penal y tendrá entre otros, los siguientes derechos:

b) Presentar querella

Anomalía en el Derecho Público chileno:

- Decisión administrativa meramente discrecional;
- Sin necesidad de justificación;
- Sin posibilidad de ser revisada por la jurisdicción.

Excepción al principio consagrado en el 175 del CPP (Obligación de denuncia de funcionarios públicos).

Efectos:

- Contradicción con reglas constitucionales.
- Restricción de derechos de las víctimas.
- Alto riesgo de impunidad:

a) Ejercicio de facultad discrecional.
 b) Imposibilidad fáctica de llevar adelante una investigación (Ejemplo: CPMC). Importancia de una intervención oportuna de las autoridades penales

c) Diferencia de estándares probatorios.

Incentivos de la administración – litiga en su contexto;

Brecha enfatizados a partir de la incorporación de la regla per se)

-Existe una serie de ideas que han sido analizadas por este parlamento en los proyectos de ley citados al inicio, mucho más respetuosas del ordenamiento jurídico chileno y sus principios.

-Separar responsabilidades individuales de las institucionales (jurisdicción criminal / jurisdicción administrativo-contenciosa).

-Acción penal pública para el delito de colusión.

-¿Fórmulas intermedias?: obligación de denuncia en el caso de los delitos de colusión en bienes de primera necesidad y revisión judicial de la medida de la FNE.

Sugerencia: adecuar la norma, otorgándole a ésta coherencia con el resto del sistema jurídico nacional.

NORMA DE SUBORDINACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL A LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA.

Incisos 4° y 5° del Artículo 286 quater:

El Ministerio Público informará a la Fiscalía Nacional Económica, en el menor plazo posible, los antecedentes de que tome conocimiento con ocasión de las investigaciones de hechos constitutivos de otros delitos que pudieren relacionarse con el contemplado en el artículo 286 bis.

Si no se hubieren proporcionado los antecedentes sobre este delito, la Fiscalía Nacional Económica los solicitará al fiscal del Ministerio Público que tenga a su cargo el caso, con la sola finalidad de decidir si interpondrá querella. De rechazarse la solicitud, la Fiscalía Nacional Económica podrá concurrir ante el respectivo juez de garantía, quien decidirá la cuestión mediante resolución fundada.

-Contradice abiertamente la Constitución: Art.

83.

-Permite a la FNE obtener información de delitos contra el patrimonio, lavado de activos, delitos tributarios, infracciones a la ley de mercado de valores, etc., sin ningún tipo de restricción.

-Ni siquiera la Agencia Nacional de Inteligencia tiene una facultad similar (Ley 19.974).

-Contradice todo el Derecho Comparado. El principio es el inverso. Ejemplos:

1) Artículo 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora de España.}

2) §§ 21 y 41 de la *Ordnungswidrigkeitengesetz* (OWig) – Ley de Contravenciones alemana.

En resumen: Creación de una autoridad con facultades inéditas en nuestro ordenamiento jurídico y en el contexto comparado.

DELACIÓN COMPENSADA

Art. 286 ter. Estará exento de responsabilidad criminal por los delitos establecidos en los artículos 285 y 286 bis el que primero hubiere aportado antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica y accedido así a los beneficios establecidos en el inciso tercero del artículo 39 bis del decreto ley N°211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

De acuerdo con la doctrina comparada constituye una buena forma de detectar cárteles y incentiva su desarticulación.

Sin embargo, las razones de eficiencia deben ponderarse con las razones de justicia (mérito y responsabilidad).

Se trata de una norma de **clemencia**. Se basa en la superioridad ética (fáctica) del Estado con respecto a un cliente.

Por otra parte, en una sociedad con la estructura económica como la que posee Chile, si se opta por incluir esta herramienta debe conformarse de modo tal que no genere el efecto contrario: incentivar la formación de cárteles atendida la exclusión de responsabilidad que se promete en contraste con las ingentes ganancias que otorga la capacidad de fijar precios supracompetitivos.

Caso CPMC.

DELITO DE OBSTRUCCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN DE LA FNE

Nuevo artículo 39 letra H) D.L. 211

*“Quienes oculten información que les haya sido solicitada o proporcionen culpablemente **información falsa** en el contexto de una investigación seguida **de conformidad a esta ley** incurrirán en la pena de **presidio menor en sus grados mínimo a medio**. Para la aplicación de dichas penas, el Fiscal Nacional Económico remitirá los antecedentes*

respectivos al Ministerio Público. Esta comunicación tendrá el carácter de denuncia para los efectos del artículo 53 del Código Procesal Penal”.

Curiosa contradicción valorativa: se establece un **delito de acción penal pública** en contra de aquel que proporcione información falsa a la autoridad que investiga un **ilícito de carácter administrativo**.

Por una parte, establece una acción penal a todo evento en contra de quienes infringen normas de un procedimiento administrativo mientras se condiciona la persecución penal de una conducta tan gravosa para la sociedad como la colusión.

Nueva contradicción: permite que el Ministerio Público acceda, desde un primer momento, a los antecedentes de la investigación administrativa, para perseguir un simple delito, pero no para perseguir el crimen del art. 286 bis.

Una norma como ésta implica la imposición de una pena desproporcionada a menos que varié el esquema y haga posible la persecución de un crimen como la colusión de la misma forma cómo es posible la persecución de un ilícito menor como la aportación de antecedentes falsos a la FNE.

Interrogantes que surgen a partir de la actual redacción y propuestas:

(1) Indeterminación del alcance a nivel de personas individuales. Si bien es cierto en sede administrativa la delación que realiza un ejecutivo se entiende que beneficia a todo el conglomerado no se encuentra claro su alcance en materia penal.

(2) Necesidad de ratificación y de colaboración con la autoridad penal. A nuestro juicio no debe bastar la colaboración con la administración del estado sino también con la jurisdicción penal, ya que el beneficio que se concede es potente y el delator debe estar dispuesto a colaborar con los tribunales penales cuyo procedimiento demanda superar un estándar bastante más exigente para la condena.

(3) Necesidad de restricción de su alcance por razones de justicia: Parece contra intuitivo y no corresponder con criterios de justicia (conmutativa y distributiva) el hecho de otorgar la eximente a quien figura con posición dominante, como líder mercado u organizador de la colusión. Podría evaluarse mitigar el alcance del beneficio en el caso en que el delator haya sido el gestor o principal beneficiado con el acuerdo ilícito.

SUGERENCIAS

1) Establecer normas de coordinación interinstitucional:

Derecho comparado: Australia, Japón, Reino Unido, Alemania, etc.

Legislación nacional: Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento; Superintendencia de Valores y Seguros.

2) Normas de reserva de la investigación.

Ejemplo, Ley N° 20.000 y Ley N° 19.913:

Artículo 38.- (...) la investigación de los delitos a que se refiere esta ley será siempre secreta para los terceros ajenos al procedimiento y también para los terceros afectados por una investigación preliminar del Ministerio Público. Respecto del imputado y de los demás intervinientes, la investigación será secreta cuando así lo disponga el Ministerio Público, por un plazo máximo de ciento veinte días, renovables sucesivamente, con autorización del juez de garantía, por plazos máximos de sesenta días.

A estas investigaciones no les será aplicable lo dispuesto en el artículo 186 del Código Procesal Penal, cuando se haya decretado el secreto en los términos señalados en el inciso precedente.

El que de cualquier modo informe, difunda o divulgue información relativa a una investigación amparada por el secreto e, incluso, al hecho de estarse realizando ésta, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.

CONCLUSIONES

Visión realista: el proyecto de ley, en su actual estado, no asegura las condiciones mínimas para desarrollar una efectiva persecución penal de los cárteles.

Se hace imperiosa la necesidad de revisar el régimen de acción penal y mecanismos de coordinación con las autoridades que tienen a su cargo el procedimiento contencioso-administrativo de defensa de la libre competencia.

El proyecto de ley contradice reglas constitucionales y legales de alta jerarquía, por lo que se sugiere su modificación.

La delación compensada constituye una gran herramienta en la lucha contra los cárteles, y si bien debe garantizar seguridad jurídica, al mismo tiempo y del modo que ocurre en el derecho comparado, debe construirse sobre la premisa de la “clemencia” al delincuente (delator).

Sanciones coherentes con el contexto económico nacional: economía de libre mercado y principio de subsidiaridad. La colusión no sólo constituye una falla de mercado que genera ineficiencias intra-

sistémicas, sino un abuso que expropia a los consumidores y genera pérdidas patrimoniales importantes, sobre todo para los sectores más vulnerables de la población.

2.- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el Presidente, señor Tomás Menchaca.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia estuvo representado por **su Presidente, señor Tomás Menchaca.**

Efectúo una exposición denominada:

“PROYECTO REFORMA DL 211”.

NUESTRO SISTEMA INSTITUCIONAL

La ley N° 19.911, de 2003. Fue un gran avance en nuestro diseño institucional:

-Creación del TDLC, reemplazando las antiguas comisiones por un Tribunal especializado e independiente, con competencias para aplicar sanciones de carácter administrativo.

Clara diferenciación de funciones entre TDLC y FNE

-Eliminación de la sanción penal a los ilícitos anticompetitivos => Por buenas razones indicadas en su mensaje.

La ley 20.361, de 2009. Introdujo importantes modificaciones:

-Facultades intrusivas FNE (Interceptación de comunicaciones // Allanamiento e incautación);

-Delación Compensada

-Aumento máximo de multas para el caso de colusión

GRAN CONSENSO ENTRE ESPECIALISTAS

HAY QUE FORTALECER EL SISTEMA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Todos queremos una persecución más eficaz de los atentados a la LC. **La pregunta es ¿cuál es la mejor forma de hacerlo?**

Hay consenso en la necesidad de:

-Establecer un sistema de **control preventivo de operaciones de concentración.**

-**Mejorar el sistema de sanciones** (Límites variables de multas de acuerdo a las mejores prácticas internacionales; Sanciones adicionales a las personas naturales (inhabilidades)).

-Aprovechar la oportunidad para realizar correcciones con el objeto de mejorar y hacer más expeditos los procedimientos (minuta TDLC que se acompaña aparte).

EL PROYECTO:

INTERLOCKING

ART. 3º. Se incorpora una letra d) del siguiente tenor:

“d) La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario.”.

-Es un error a la luz del Derecho de la Libre competencia. Se establece una regla per se absoluta en una conducta de muchas otras que podrían ser anticompetitivas, lo que parece una mala técnica legislativa

-Si se quisiera establecer una figura adicional por cada conducta anticompetitiva, el número de éstas sería enorme.

-Por ello es mejor mantener una tipificación general, como la que existe actualmente, en la cual cabe indudablemente la figura del interlocking, que es lo que hizo acertadamente la Ley N° 19.991

OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

“Artículo 47.- Se entenderá por operación de concentración todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos previamente independientes entre sí dejen de serlo, en cualquier ámbito de sus actividades.”.

Incluye operaciones de concentración horizontales; verticales, y de conglomerado.

Guía FNE sólo para operaciones HORIZONTALES: “La FNE entiende por concentración horizontal, aquella en que las empresas involucradas son competidoras actuales o potenciales en un mercado relevante dado; por concentración vertical, aquella en que las empresas involucradas operan en distintas etapas de la producción o distribución de un bien o servicio, generalmente con carácter de proveedoras y clientes entre sí; y por concentración de conglomerado, aquella que no tiene el carácter de horizontal ni de vertical”.

UMBRALES DEFINIDOS POR REGLAMENTO

“Artículo 48...

*i) Tratándose de las hipótesis contempladas en las letras a) y c) del artículo 47, **se sumarán las ventas de los agentes económicos que se fusionan o que se asocian**, y las de sus respectivos grupos empresariales.”*

Sería conveniente que la ley entregue mayores criterios para la elaboración del reglamento.

RÉGIMEN DE RECURSOS

OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN.

Se resolvió el problema que existía en el proyecto original respecto al régimen de recursos.

INFORMES DE LEYES ESPECIALES.

¿Reclamación? ¿Ilegalidad?

En el proyecto se propone hacer procedente el recurso de reclamación a su respecto.

Esto último fue reparado por la Excm. Corte Suprema en su informe al referido proyecto de ley N° 14-2015 (Bol 9950-03), de fecha 28 de abril de 2015 (Oficio N° 52-2015), indicando, en su consideración Novena, que:

*“...Tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional los informes **“revisten el carácter de actos administrativos habilitantes establecidos por el legislador”** (sentencia de 7 de septiembre de 2010, autos Rol N° 1448-09), **por la vía de disponer que se evacúen, en diversos cuerpos normativos cuando se requiere un dictámen eminentemente técnico**, verbigracia, Ley General de Servicios Eléctricos, Ley General de Telecomunicaciones, Ley General de Servicios Sanitarios, etc..*

*En tales condiciones no resulta coherente con la satisfacción de una exigencia legal, de carácter técnico, con establecer un medio de impugnación respecto del contenido **de ese presupuesto habilitante**, para ante un tribunal superior, estrictamente jurisdiccional”.*

ACUERDOS EXTRAJUDICIALES

Art. 39 ñ) *Suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados.*

*El Tribunal tomará conocimiento del acuerdo en una sola audiencia, sin forma de juicio, convocada especialmente al efecto, dentro del quinto día hábil de recibidos los antecedentes, durante la cual podrá escuchar alegatos de las partes comparecientes al acuerdo. El Tribunal deberá aprobar o rechazar el acuerdo en un plazo máximo de quince días hábiles, contados desde la fecha de la audiencia. **Estas resoluciones una vez ejecutoriadas serán vinculantes para las partes que comparecieron al acuerdo, producirán efectos respecto de terceros en caso de aprobar el acuerdo y en su contra sólo procederá el recurso de reposición;***

Produce más efectos que una sentencia dictada en un procedimiento contencioso.

No se da la posibilidad que aquellos a los que se pretende afectar con la resolución aprobatoria puedan oponerse o recurrir de la misma.

Posible solución: Que los acuerdos se suscriban por el FNE sin aprobación del Tribunal, dejando a salvo la posibilidad de que terceros puedan demandar.

MULTAS

El proyecto es acertado al establecer un límite de multas relacionado con el beneficio económico de la infracción o las ventas.

Fórmula no es clara y se aleja de las mejores prácticas internacionales.

30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociados a la infracción durante todo el periodo en que se haya prolongado la infracción. Se trata de ventas, no de utilidades. No se establece un límite máximo como en el derecho comparado.

LÍMITE MÁXIMO: DERECHO COMPARADO

USA (Federal): USD 100MM, el doble de las ganancias obtenidas o el doble de las pérdidas causadas a la víctima

Unión Europea: 10% del volumen del negocio total realizado durante el ejercicio social anterior

España: 10% del volumen de negocios de la empresa infractora en el periodo anterior. Si no se puede determinar el volumen de negocios, 10 MM Euros

Francia: 10% ingresos anuales consolidados

Alemania: 1MM Euros o 10% de las ventas obtenidas en el año precedente a la decisión de la autoridad

Reino Unido: 10% de los ingresos globales del infractor

México: 10% de los ingresos del Agente Económico en el último ejercicio fiscal

Canadá: CAD \$ 25 MM

Australia: La mayor suma entre: AUD 10 MM; 3 veces los beneficios; o 10% de las ventas anuales del infractor y relacionadas en el ejercicio inmediatamente anterior

Sudáfrica: 10% de las ventas en Sudáfrica y exportaciones desde Sudáfrica en el año anterior a la decisión.

POTESTADES DEL TRIBUNAL

Disminuye su participación en el control preventivo de operaciones de concentración. Sólo conocería el Tribunal si se rechaza una operación de concentración, a través del recurso especial de revisión

El Tribunal conocería del incumplimiento de las condiciones impuestas

La facultad para conocer de la acción de daños por el propio TDLC puede traer algunos problemas. Tiene las ventajas de la especialización del Tribunal.

SANCIÓN PENAL COLUSIÓN

Teóricamente puede establecerse. Es un mecanismo potente de disuasión. Ha sido utilizada con éxito en algunos países, como en U.S.A.

SI EXISTE VOLUNTAD POLÍTICA DE HACERLO, DEBEN TOMARSE ALGUNOS RESGUARDOS

SIN EMBARGO:

-EN CHILE, DADO NUESTRO SISTEMA INSTITUCIONAL, que recién está dando sus frutos, **lo estimo una mala idea, y eso es lo que opina la gran mayoría de los expertos.**

-Probablemente va a dificultar y no a mejorar la lucha contra los carteles, que es lo que se pensó cuando se despenalizó.

-La DISUASIÓN depende no sólo de la gravedad de la pena sino también, y muy fundamentalmente, **de la posibilidad de detección y sanción,** que probablemente se verá afectada.

Problemas jurídicos y prácticos

-Riesgo de sentencias contradictorias, o bien, de doble sanción.

-Aumento en costos públicos y privados asociados a la duplicidad de procedimientos investigativos y jurisdiccionales

-Estándar de convicción requerido para aplicar sanciones privativas de libertad es mayor.

-Dificultades en la obtención de pruebas en los procesos que se siguen ante el TDLC y en las investigaciones de la FNE (derecho a no autoincriminarse).

-Descripción y análisis de los atentados a la libre competencia (tipificación general, incompleta y abierta, análisis económico): Tipo art. 286: es restringido, por lo que no permite análisis de competencia. En esa situación los acuerdos pro competitivos podrían ser sancionados penalmente.

De insistirse en Sanción Penal: Resguardos

-PREJUDICIALIDAD EN SEDE DE LIBRE COMPETENCIA (igual al caso de la acción de daños). Excluir la posibilidad de investigaciones y procedimientos paralelos, estableciendo que se lleve a cabo primero el procedimiento infraccional y solo posteriormente se pueda iniciar aquel destinado a determinar la eventual responsabilidad penal de las personas naturales. Otra opción del derecho comparado (que FNE elija) daña nuestro sistema institucional.

-TITULARIDAD DE LA ACCIÓN PENAL: Es fundamental que corresponda exclusivamente al Fiscal Nacional Económico, previa solicitud establecida en la sentencia del TDLC o de la Excma. Corte Suprema.

-Extender el beneficio de la delación compensada al proceso penal.

-Eliminar la posibilidad del TDLC de aplicar sanciones a personas naturales a fin de no infringir el principio del *non bis in idem*.

Lo anterior podría resolver algunos de los más graves problemas jurídicos y prácticos de la coexistencia de sistemas paralelos de persecución de los carteles.

No evita los problemas de detección y prueba de los mismos.

No elimina el riesgo de sentencias contradictorias (aunque éste disminuye sustancialmente con la prejudicialidad).

3.- SOFOFA

Pot la Sociedad Fomento Fabril (SOFOFA), hizo uno de la palabra, en primer término, el Secretario General, señor Jorge Ortúzar.

1. Agradeció la invitación para participar en la discusión de esta importante iniciativa legal, destinada a perfeccionar la institucionalidad de libre competencia en Chile, tan necesaria para el sistema económico chileno.

2. SOFOFA está especialmente interesada en colaborar en la discusión de este proyecto de ley, pues nuestra misión es precisamente la de promover el desarrollo industrial y el crecimiento económico del país, impulsando y/o proponiendo políticas públicas que fomenten la inversión y el emprendimiento, junto con estimular la iniciativa privada, el libre mercado y la apertura al comercio exterior.

3. Sólo a través de una institucionalidad fuerte y sólida, como la pretendida por el proyecto de ley en discusión, se protegerá, resguardará y promoverá la libre competencia, concepto que como bien se sabe es el motor de la economía social de mercado que impera en nuestro país.

En efecto, la libre competencia asegura el derecho de las empresas a participar con eficiencia y en igualdad de condiciones en los mercados, ofreciendo productos de la mejor calidad y con los mejores precios, lo que redunda en un beneficio para los consumidores y finalmente para la sociedad en su globalidad.

4. Por ello, además de las medidas preventivas comprendidas en toda institucionalidad de libre competencia, es esencial detectar, investigar, juzgar y sancionar dróticamente las conductas que atentan efectivamente contra la libre competencia, pues se trata de conductas que ponen en peligro los pilares básicos de nuestro sistema económico, lo que a la larga se traduce en un daño irremediable tanto a la reputación del sistema empresarial chileno, como a la confianza que han depositado en él los consumidores y ciudadanos.

5. En plena consistencia con lo anterior, y en lo que atañe a esta Federación Gremial, SOFOFA ha sido enfática en condenar públicamente las conductas contrarias a la libre competencia, suspendiendo incluso de su calidad de socio, a aquellas empresas que se encuentren siendo juzgadas por supuestas conductas colusivas, dado que se trata del ilícito de libre competencia de mayor gravedad.

6. Dicho lo anterior, queremos manifestar nuestro apoyo, en términos generales, a esta iniciativa legal, dado que pretende perfeccionar la institucionalidad de libre competencia. Especial mención nos merecen las siguientes dos materias en ella tratadas:

En materia de colusión: nos parece un acierto que se mejore la institución de la delación compensada, al explicitar que sus beneficios se extenderán también al ámbito penal, a fin de lograr con ello su real utilización.

Si bien esto contribuirá satisfactoriamente a detectar conductas colusivas, creemos que los esfuerzos públicos que se desplegarán para investigarlas y juzgarlas, debieran enfocarse especialmente en aquellas conductas detectadas que hayan tenido efectos reales en el mercado, y no en aquellas conductas que hayan quedado incompletas, por la decisión oportuna de la empresa de ir en la senda correcta, de generar riqueza con integridad, como parte de su nueva cultura empresarial.

En materia de operaciones de concentración: se crea un sistema completo de consulta obligatoria para aquellas operaciones de concentración que tendrán efectos significativos en los mercados, otorgando de esta manera claridad y, en consecuencia, certeza sobre la forma de proceder en esta materia.

7. Sin perjuicio de lo anterior, a continuación formularán algunas observaciones, comentarios y alcances que buscan aclarar y perfeccionar algunas de las disposiciones del proyecto de ley en discusión, siempre en línea con la misión que mueve el actuar de SOFOFA.

A continuación el abogado don Ricardo Riesco expuso sobre observaciones, comentarios y alcances al proyecto de ley.

--SOBRE LA LIBRE COMPETENCIA.

Es un pilar esencial de la economía social de mercado. Las infracciones a la libre competencia deben ser sancionadas duramente ya que implican un desvalor para la sociedad toda.

Es la forma de alcanzar el desarrollo de Chile. En mercados eficientes, los consumidores tienen acceso a una mayor oferta de bienes y servicios, de mejor calidad y a precios más bajos.

El correcto funcionamiento de los mercados genera: aumento de la actividad empresarial, en especial de las PYMES; promoción de la competencia leal basada en méritos; disminución de abusos; detección y sanción oportuna y efectiva de abusos, y mayor confianza de los consumidores.

Es un desafío permanente y una verdadera necesidad promover la libre competencia y perfeccionar los criterios técnicos del sistema, incluyendo los mecanismos preventivos de ilícitos.

1.- CRIMINALIZACIÓN DE LA COLUSIÓN.

Es importante disuadir de manera eficiente todo tipo de hechos, actos o convenciones que atenten contra la libre competencia.

El proyecto propone la incorporación al Código Penal del nuevo art. 286 bis que dispone:

“Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a quien celebre, implemente, ejecute u organice acuerdos, convenciones, contratos o convenios que involucren a dos o más competidores entre sí...”, persiguiendo objetivos como fijar precio de bienes o servicios en uno o más mercados, limitar la producción, fijar zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de licitaciones.

Inquietudes:

1. Esta redacción plantea un tipo penal de **peligro abstracto** y no uno de **peligro concreto**. Los tipos penales de peligro abstracto son sancionables por la sola ejecución de la conducta descrita en la ley, sin ser necesario acreditar una afectación (o un peligro real de afectación) del bien jurídico protegido, en este caso, el funcionamiento competitivo del mercado y el bienestar de los consumidores.

2. **La ley no se debe prestar para castigar a gente inocente.** Existen varias circunstancias en que un acuerdo entre competidores podría ser perfectamente lícito y positivo para el mejor funcionamiento del mercado y generar bienestar para los consumidores: los *joint ventures* para efectuar una actividad en conjunto entre dos competidores (ej. acuerdos de maquila, de arriendo de equipos, etc.), fijando el precio de venta del producto que resulte de dicha actividad, así como ciertos acuerdos para sumar poder de compra o venta (ej. Cenabast), como también la formación de consorcios para participar en una licitación en particular (ej. consorcio que se adjudicó la construcción del Puente de Chacao, entre otras grandes obras públicas) o el otorgamiento de créditos bancarios sindicados para el financiamiento de obras públicas (ej. Aeropuerto de Santiago).

3. **Todas estas conductas son lícitas, pero la amplitud del tipo penal las deja expuestas a sanción penal.**

EL DELITO DE COLUSIÓN: EL TIPO PENAL.

Recomendación:

Resultaría adecuado ajustar la redacción del tipo penal, de manera **que los convenios o acuerdos reprochables sean aquellos que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o entorpecer la libre competencia en el mercado.**

Ello implica incluir una redacción que permita distinguir entre aquellas situaciones que afectan o pueden afectar la libre competencia y aquellas que no por ser perfectamente legítimas.

PROCEDIMIENTOS PARALELOS

La incorporación del delito de colusión impone a nuestro sistema jurídico la difícil labor de procurar una **convivencia armónica en el ejercicio de las facultades de persecución penal y de persecución de la conducta anticompetitiva.**

El proyecto de ley procura regular lo anterior, sobre la base de la incorporación del **nuevo inciso 3° del art. 286 del Código Penal**, el que dispone: *“En caso de que el Fiscal Nacional Económico decidiera interponer querella en relación con los hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis y presentar requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, deberá hacerlo simultáneamente una vez terminada la investigación respectiva.”.*

Inquietudes:

1. La redacción propuesta implica que el aparato estatal deberá mantener **procedimientos paralelos** que se rigen por **distintos estándares de prueba** y que, por lo mismo, pueden llegar a **conclusiones contradictorias entre sí.**

2. La existencia del tipo penal paralelo consagrado en el artículo 285 del Código Penal va contra la exclusividad con que debe contar la FNE en materia de investigación de ilícitos contra la libre competencia.

Recomendaciones:

1. Esta persecución y procedimientos paralelos deben ser evitados y reorganizados en una sola estructura procesal única y continua.

2. Resulta recomendable procurar que el proceso penal se inicie una vez que se haya resuelto el proceso ante el TDLC y que sólo después de dicha etapa la FNE cuente con «legitimidad procesal» para la interposición de una querella.

3. Al crearse el delito de colusión en el art. 286 bis, resulta conveniente derogar el actual art. 285 del Código Penal.

4. Si se decide mantener vigente este artículo, se recomienda entregar la titularidad de ejercicio al Fiscal Nacional Económico.

DELACIÓN COMPENSADA

La experiencia tanto internacional como nacional han demostrado que la Delación Compensada es la razón que explica la

colaboración de los involucrados y el quiebre de los pactos de silencio que suelen acompañar la conformación de carteles: **es la principal herramienta para desbaratar carteles.**

En este sentido, el Proyecto propone una nueva redacción sobre la materia en el art. 39 bis del siguiente tenor: *“El que intervenga en alguna de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3º, podrá ser eximido de la disolución contemplada en la letra b) del artículo 26 y obtener una exención o rebaja de la multa contemplada en la letra c) del precitado artículo, en su caso, cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.”.*

Inquietud:

Para que la delación compensada opere, se debe estar seguro que la misma se extenderá a los ejecutivos de la empresa delatora. Hoy en día la extensión de este beneficio es por la aplicación de la denominada Guía de Delación Compensada. Sin embargo, **dicha extensión pudiera no resultar aplicable a la responsabilidad penal ya que ésta debe ser establecida por ley.**

Recomendación:

Facilitar la operación de esta institución mediante una regulación detallada en materia penal, tanto en materia de extensión como respecto de las conductas. Con ello, estaremos dando una señal a los involucrados en orden a que la delación compensada es segura.

PODER DE MERCADO Y LA “REGLA DEL MINIMIS”

El proyecto propone eliminar la necesidad de probar “poder de mercado” para sancionar los carteles duros, bastando sólo la prueba del acuerdo.

En efecto, el art. 3º propuesto, en su parte pertinente, dispone: *“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la Libre Competencia o que tienen 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...”*

Inquietudes:

1. Hay conductas colaborativas entre competidores que son eficientes y el proyecto no las reconoce. Por ejemplo, almacenes chicos que se juntan para negociar mejores precios con los proveedores y competir mejor contra las grandes cadenas.

2. Hay conductas que son irrelevantes por el tamaño de los actores. Por ejemplo, en vez de negociar con cada pescador de la caleta, una exportadora negocia con el sindicato de la caleta la compra del congrio extraído. Incluso si esa caleta ofrece el 0,5% del congrio disponible en el mercado, el proyecto los sanciona. **No hay un umbral mínimo.**

3. La omisión de la referencia al “poder de mercado”, ignora un principio universal en la materia y que es ampliamente reconocido en el Derecho Comunitario Europeo, bajo el concepto de la “regla del minimis” y que, en términos simples, reconoce la potestad de las autoridades de libre competencia para resolver no estudiar algunos casos por estimar que los mismos carecen de relevancia o interés para la defensa de la libre competencia, ya sea por el carácter lícito de los mismos o bien por el nulo o mínimo impacto que producen.

Recomendaciones:

1. Establecer una **regla de “*minimis*”** (En la Unión Europea ésta asciende al 10% del mercado).

2. **Modificar los términos absolutos** consagrados en el artículo 3º propuesto, de manera de reconocer expresamente que el interés del legislador es condenar y combatir todo tipo de convención o acuerdo **que efectivamente impida, restrinja o entorpezca la Libre Competencia, o que tenga la habilidad de producir dichos efectos, eliminando así la presunción de la letra a) ya indicada.**

II. Sanciones.

El proyecto propone la modificación del actual sistema sancionatorio al siguiente:

“c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente ‘al doble del beneficio económico reportado por la infracción, o hasta por el 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos y/o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido. En el evento de que no sea posible determinar el beneficio económico obtenido por el infractor ni sus ventas, el tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales”.

Inquietudes:

1. Esta base de cálculo no se limita a las ventas del grupo empresarial en Chile, lo que resulta desproporcionado pensando en empresas multinacionales con operaciones en Chile o viceversa.

2. En caso que el infractor sea un organismo del Estado o una asociación gremial, los referidos topes máximos no aplicarían

porque es posible que no exista un beneficio económico para dichas instituciones ni tampoco ventas sobre las cuales computar el 30%.

3. No existe un límite temporal asociado al cálculo del 30% de las ventas del infractor, por lo cual podría llegarse a multas realmente desproporcionadas pensando en un plazo de prescripción de 5 años.

4. El tope del 30% podría ser superior al margen de rentabilidad que obtienen las empresas en algunos mercados, lo que muy probablemente las llevaría a la quiebra. Existe evidencia empírica que demuestra que ni siquiera las empresas del IPSA podrían hacer frente a una multa que llegue al 30% de sus ventas anuales, mucho menos si se trata de las ventas en un período más extendido.

5. No parece conveniente aplicar las mismas multas a todas las conductas anticompetitivas, pues con ello no se respetaría el principio de proporcionalidad.

Recomendaciones:

1. Disminuir el tope del 30%, por ejemplo, a un 10% de las ventas anuales del infractor en la línea de producto o servicio de la empresa del país en que se haya producido la infracción.

2. Establecer un límite temporal, por ejemplo, de 3 años para el cálculo de la sanción.

3. Establecer multas diferenciadas entre los diversos tipos de infracciones anticompetitivas en consideración a su gravedad de forma que la sanción sea proporcional.

III. NON BIS IN IDEM, DERECHO DEL CONSUMIDOR

ACTUAL PROYECTO SERNAC

El actual proyecto de ley de fortalecimiento del Servicio Nacional del Consumidor contemplan sanciones de similar entidad a las que contempla el Proyecto –hasta 30% de las ventas del infractor– de modo tal que una empresa o individuo enfrentado a una sanción en sede de libre competencia podría verse expuesto a una sanción de similar magnitud anterior o posteriormente en sede de protección al consumidor.

Artículo 50 P.- *“La sanción impuesta por la aplicación de una ley especial impedirá al Servicio aplicar en virtud de esta ley una sanción adicional en razón de los mismos hechos, **en la medida que para la determinación de la primera se haya considerado la vulneración de los derechos de los usuarios o consumidores en los términos que reconoce esta ley.**”.*

Inquietudes:

La redacción actual del Proyecto podría generar situaciones en que una misma empresa, por los mismos hechos, sea sancionada en sede libre competencia y, a su vez, en sede de consumidor, a través de sumas relativamente idénticas.

Lo anterior es una vulneración al principio general del derecho conocido como *non bis in idem* que en términos simples implica que una persona no puede ser sancionada con dos penas (multas a beneficio fiscal) distintas respecto de los mismos hechos.

Recomendaciones:

Incluir una redacción, ya sea en el Proyecto de Ley de Libre Competencia o bien en el Proyecto de Ley del Sernac, que excluya explícitamente la posibilidad de que una empresa sea sancionada por los mismos hechos en ambas sedes.

IV. INTERLOCKING.

El nuevo art. 3 letra d) propuesto, prohíbe: *“La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las 100.000 unidades de fomento en el último año calendario.”.*

En los Estados Unidos se establece una prohibición similar al *interlocking*, pero existen excepciones adicionales a dicha prohibición.

Quedan exentas de la prohibición:

-Si las ventas competitivas de cualquiera de las empresas son menores a un monto que se reajusta anualmente; o

-Si las ventas competitivas de cualquiera de las empresas son menores a 2% de sus ventas totales; o

-Si las ventas competitivas de cada una empresas son menores al 4% de sus ventas totales.

Las ventas competitivas se definen como los ingresos brutos provenientes de todas las ventas de una empresa respecto de los productos y servicios en que compite con la otra en un año fiscal.

Inquietudes:

La redacción de la norma presenta problemas de interpretación:

1. ¿Quiénes son competidores? ¿Shell compite con McDonalds o Walmart? (Todos venden bebidas y papas fritas).

2. El umbral de UF 100.000 implica que más de 13.000 empresas pueden quedar afectadas. Por tanto, debe haber un umbral de ventas competitivas más alto y no sólo un umbral de ventas.

3. ¿Desde qué momento se produce la inhabilidad?

4. ¿La norma se refiere a todos los ejecutivos o sólo a los “principales”?

5. Existen eficiencias en ciertos casos de interlocking, en particular por la profundización de conocimientos y know how que no necesariamente atentan contra la libre competencia: mediante la normativa propuesta, la prohibición será absoluta y se privará de una oportunidad de eficiencia.

Recomendaciones:

Precisar la voluntad de aplicar la inhabilidad a los directores o ejecutivos principales de grandes empresas competitivas, junto con la incorporación de umbrales más altos.

4.- Aldo Gonzalez, Departamento de Economía, Universidad de Chile

Hizo presente, en primer término, su formación como economista, por lo que no se referirá a las materias de orden legal, salvo superficialmente y en lo que respecta a los impactos económicos de las sanciones.

1.- Hitos en Libre Competencia en Chile

Aludió a los principales hitos en libre competencia de nuestro país en los últimos 10 a 15 años, período en el cual Chile ha tomado el camino correcto en la materia:

-La creación del TDLC en el año 2004. En su parecer, esta fue la gran reforma.

-La reforma del año 2009 también fue muy relevante, que otorgó facultades intrusivas a la Fiscalía Nacional Económica para incautar pruebas; e introdujo la figura de la delación compensada. Ambos instrumentos permiten combatir los carteles efectivamente.

-Reforma del 2015, actualmente en tramitación y objeto de este análisis, aborda en lo sustantivo el siguiente orden de materias: el régimen de sanciones y el control de fusiones.

Como indicó previamente, Chile se ha movido en la dirección correcta en materia de defensa de la libre competencia, en el estándar de la OCDE.

A nivel mundial, existe consenso dentro de los economistas respecto a cómo se debe combatir las faltas a la competencia; cuáles son los hechos que deben ser sancionados, y cuáles son los instrumentos para castigarlos. No hay dos opiniones: existe un modelo sobre esta materia.

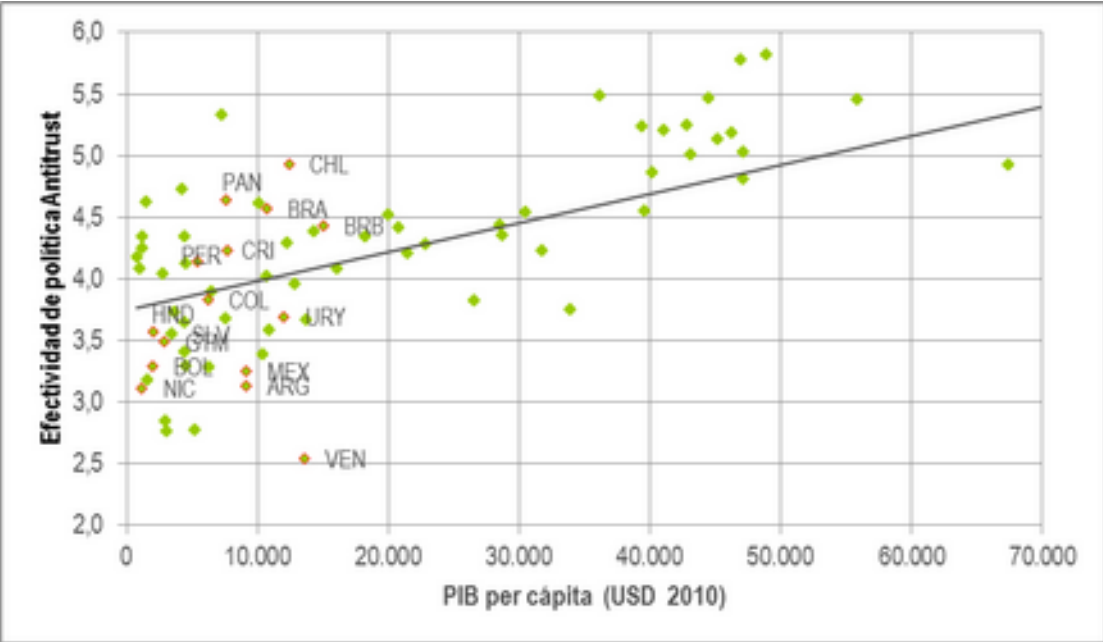
Hay homogeneidad a nivel internacional en lo que deben ser las leyes sobre libre competencia y las institución es que se preocupen de su protección.

Con la reforma en trámite, Chile se ubicará derechamente en primera línea.

¿Cómo está Chile en materia de libre competencia?

Indicó que a veces somos un tanto auto flagelantes respecto a cómo se ha trabajado la materia en Chile, pero las estadísticas indican que a nivel de país OCDE más Latinoamérica, a mayor ingreso de los países existe una mayor efectividad en la política anti monopolios. Eso puede ser un efecto de que los países más ricos se preocupan más de esta materia o una mera causalidad, aún no se sabe. Para nuestro nivel de ingresos, la efectividad del sistema *anti trust* estaría funcionando bien. Lo anterior, en base a la opinión de los expertos de cada país.

Estrictamente hablando nadie sabe, en ningún país del mundo, si hay más o menos carteles que antes. Sólo existe evidencia indirecta.



En relación al Régimen de Sanciones.

Indicó que la reforma al régimen de sanciones surge como un modo de superar el problema que las multas máximas absolutas no parecen suficientes para infracciones de daño significativo.

Es decir, no son lo suficientemente decisivas para evitar la comisión de un delito. Destacó que para los economistas la función de la multa es disuadir. Si no es lo suficientemente grande, entonces aparece como un buen negocio cometer el ilícito y después pagar la multa.

Esta situación es particularmente en mercados de consumo masivo; y en carteles o acciones anti competitivas de larga duración, como las que hemos visto en estos últimos años, especialmente en el caso del cartel de los pollos, tanto por su duración como por su impacto en la canasta familiar.

¿Cuál es el objetivo de las multas en Libre Competencia?

La idea es que la Multas Monetarias no sean fijadas como un absoluto sino que en Proporción al beneficio sobre lo normal.

Como ese ítem es difícil de calcular, porque no se sabe cuál hubiera sido el precio que habría cobrado la empresa de no haberse coludido, se utilizan variables aproximadas. En el mundo, lo más empleado en el porcentaje de las ventas, en un rango dentro del 10% al 30% del mercado afectado por la duración de la acción anticompetitiva. Se trata de un modo imperfecto de calcular el daño, pero es rápido. Hizo hincapié que sanción y compensación son elementos completamente diferentes, tanto por su naturaleza como por las finalidades que cada uno cumple.

Estima necesario incorporar criterios cualitativos, donde entra la subjetividad del juez, tales como la gravedad; la duración, y la reincidencia, entre otros.

Luego aludió a algunos temas anexos, como multas vs compensaciones; multas y traspaso a consumidores, y multas y viabilidad financiera de empresas.

En relación a la Sanción Penal.

Indico que debe ser aplicable solo en carteles. Destacó que tiene un fuerte efecto disuasivo.

Asimismo, estima que es compatible con la figura de la delación compensada.

Sobre la Delación Compensada.

Debe incluir tanto la sanción penal como la multa. No compensación.

Competencia, TDLC. Existen múltiples intervinientes y múltiples entradas. También hay una alta incertidumbre sobre los tiempos y los procedimientos a seguir.

La ley vigente, el D.L. 211, no habla de fusiones

Objetivos del Control de Fusiones

Los objetivos del control de fusiones son los siguientes:

1.- Minimizar el error en la decisión. Aprobar fusiones pro-competitivas y rechazar las anticompetitivas.

2.- Minimizar costos y carga administrativa. Revisar una fusión es costosa en tiempo y recursos, tanto para empresas como agencias públicas.

3.- Transparencia y Accountability. Minimizar riesgo de abuso o negligencia

Ventajas y desventajas de un sistema obligatorio de control de fusiones.

Ventajas. La agencia tiene un período para decidir si aprueba o investiga más a fondo. Evita que fusiones más riesgosas se materialicen sin control. Es menos arbitraria respecto a quien notifica.

Desventajas. Tramitación excesiva de casos sin riesgo competitivo. Variables para decidir si hay notificación, deben ser observables y verificables. Fusiones pequeñas en tamaño, pero riesgosas, quedan fuera.

Sistema Obligatorio en base a Umbrales

Es un sistema ampliamente usado en el mundo. Se trata de un sistema objetivo y no discrecional. Los umbrales son fijados en base a variables objetivas, observables y verificables, tales como: las ventas anuales o valor de la empresa.

No puede ser en base a variables relevantes pero no objetivas ni cuantificables, tales como barreras de entrada, eficiencias, concentración, y otras.

Valores pueden actualizarse en el tiempo

Umbral único y no por industria o sector.

Sistema en dos fases

Fase 1: Se notifican todas las fusiones sobre umbral. Es de corta duración, no más de 30 días. La Fiscalía aplica criterios económicos no directamente observables pero justificables. Es útil para descartar casos inocuos y enfocarse en los críticos.

Fase 2: Se examinan en detalle fusiones más riesgosas. El plazo es de mayor duración 90 -120 días. La resolución: 1.- aprueba; 2.- aprueba sin condiciones, o 3.- rechaza. Solo la segunda y la tercera son apelables ante el tribunal de Defensa de la Libre Competencia, TDLC

No hay apelación ante aprobación sin condiciones. Limita la acción de terceros intervinientes. Además, si la FNE es laxa nadie más puede actuar.

5.- EL ABOGADO SEÑOR JUAN PABLO HERMOSILLA.

EL REFORZAMIENTO PUNITIVO DE LA PROHIBICIÓN DE LA COLUSIÓN BAJO EL PROYECTO DE LEY DEL GOBIERNO (MENSAJE N° 009-363).

Intervino a continuación el señor Juan Pablo Hermosilla, quien expresó que, en su calidad de profesor de derecho penal, su opinión dirá relación con las aristas penales de esta iniciativa. En su intervención tratará los siguientes temas:

1. Introducción Política Criminal, Constitución y modelo de Estado.
2. Decisión de derogar delito monopolístico. Impacto social y jurídico. Comparación con USA.
3. Cambios sociales, contrato social e impunidad de la elite. Violencia y deslegitimación del derecho penal.
4. Mercado, igualdad ante la Ley y democracia. Poder económico, concentración de la riqueza y BJ.
5. Proyecto que llega al Senado. Aspectos centrales.
6. El origen de la discusión L. Sherman (1890). Un “insight” democrático y republicano.

Comenzó dando a conocer su molestia por el “tono” en que se ha llevado adelante el debate de este proyecto, en lo que respecta a su arista penal, en una serie de aspectos.

En primer término, en cuanto a ciertas afirmaciones que se han vertido, señalando que quienes se coluden no deben ser llamados ni tratados como delincuentes; en el entendido que ese trato está “reservado” al delincuente común, al que roba una farmacia, no a los propietarios de las mismas que se coluden y perjudican a toda la población. Recordó que “delito” no es una conducta en sí misma, no existen los “delitos naturales”, sino que son delitos los que el Congreso Nacional sanciona como tal. Y por tanto, si se aprueba la figura del delito de colusión, y volvemos a tener un delito monopolístico, las personas que infrinjan esa norma penal y sean condenadas, son delincuentes.

Los “caballeros” también cometen delitos, como sería el caso de este delito de colusión, delitos tributarios, fraudes aduaneros, entre otros; no asaltan farmacias ni “cogotean” a personas en la

calle, pero son tan delincuentes como los que si lo hacen. Manifestó indignación por ese trato discriminatorio. Desde el punto de vista republicano, de la igualdad ante la ley, esto es inaceptable.

Quienes se coluden en el caso que el delito sea sancionado, cometen fraude aduanero, etc, son delincuentes, e incluso hacen algo mucho más grave que aquél que asalta la farmacia o vende películas pirateadas, y es mucho más grave porque el que asalta la farmacia es una persona que no ha tenido ningún beneficio real del pacto social; somos iguales pero la circunstancia de haber nacido en una zona más protegida del pacto social hace que las exigencias sean mayores para los “caballeros”.

Su molestia por el cariz que ha adoptado el debate en esta materia, se acentúa al escuchar afirmaciones respecto de lo “peligroso” que sería entregar la investigación al Ministerio Público, o el juzgamiento del delito de colusión, a los jueces penales, como si se tratara de una materia que requiriera de una especie de capacidad superior, y que nuestros jueces no pudieran afrontar esa responsabilidad; que sólo quienes cuenten con estudios en el extranjero sobre la materia pudieran hacerlo. Recordó que los jueces penales conocen todo tipo de delitos, son competentes para conocer, por ejemplo, delitos de la ley de mercado de valores, delitos tributarios, temas que son bastante complejos, pero de acuerdo a esas opiniones vertidas en el debate en la Cámara de Diputados, no lo serían en materia del delito de colusión.

Señaló que el daño institucional que se hizo en Chile el año 2003, al derogarse el delito de colusión, fue enorme. Se deroga el delito de monopolio prácticamente en el mismo contexto que en USA se estaba duplicando la pena. Uno de los argumentos es que con multas y la delación compensada era suficiente, que la norma penal no tenía aplicación, pero esa no es en su parecer una razón válida. La señal que se manda es nefasta.

Declaró que en el debate respecto de esta materia se constata un gran engaño, que es la afirmación en orden a que se está debatiendo sólo un tema económico, en que se protege el mercado. Es un tema económico sin duda, pero no es cierto que sea sólo un tema económico, sino que se trata principalmente de un gran tema político, y en razón de lo anterior es tan relevante penalizar la colusión.

Hay que recordar la vinculación entre poder económico y poder político en todo el mundo; la propia ley Sherman, más allá de las anécdotas, es producto de que en Estados Unidos se produce un “insight”, se advierte que acá no está en juego sólo el mercado, ni los pequeños agricultores, sino que el poder político, pues Rockefeller y sus amigos “compraban” al poder político, además de existir una investigación por el delito de homicidio de quienes no les querían vender sus pozos petroleros. Eso es lo que ocurre con la concentración económica, y el “insight” de Estados Unidos en 1890 fue entender que esta concentración en definitiva pone en juego la República.

Puso de relieve que, desde 1890, la colusión es delito en USA.

Chile nunca ha hecho esta introspección institucional, quizás es momento de hacerlo. Reiteró que en Chile es delito lo que el Parlamento y el Poder Ejecutivo, en los marcos constitucionales, determina que lo es, pensando en el contrato social y en el bienestar del país. Se establecen como delitos las circunstancias más graves, y si se estima que la colusión es un acuerdo que atenta contra las bases no sólo de igualdad, acceso al mercado, determinación de precios, etc, sino que la concentración económica se traduce necesariamente en poder político, pues esa concentración de riqueza manipula el poder político, y desde el punto de vista de la República, debe sancionarse.

Manifestó que es necesario encuadrar la discusión en una república democrática de ciudadanos iguales.

Recordó que escribió un artículo, hace más de cinco años, sobre la persecución de clases en Chile. La señal que se manda cuando se trata en forma distinta a cierto tipo de delincuentes, que pertenecen a una determinada clase social, es nefasta. En Chile, los delitos que cometen las personas que están en la periferia social son los que se persiguen, y hay gran escándalo cuando se persigue a los poderosos.

A los que están en el centro del pacto social no se les pide lo que parece obvio, que no asalten gente en la calle o farmacias, por ejemplo, sino que paguen sus impuestos. Y cuando no lo hacen, la justicia es más “considerada” con ellos, se les somete a arresto domiciliario, se pide que los juicios no sean televisados, un trato más benévolo que con quien, estando en la periferia social, comete delitos menores, como vender películas piratas. Esto genera violencia social.

En ese sentido, reinstaurar el delito de monopolio cumple una función de pacificación social mínima. Es una señal de que somos todos iguales ante la ley, y no que sólo los “rotos” cometen delitos.

La situación actual en Chile, la existencia de este ámbito de impunidad violenta a la sociedad chilena; en que los “poderosos” logran o que se despenalice ciertas conductas, como ocurrió en Chile con la colusión, o cuentan con los mejores abogados que logran que su situación sea bastante favorable y la pena impuesta mínima.

Hizo presente que en Inglaterra, a diferencia de Europa continental, la colusión se sanciona, de dos formas. Por medio del delito especial de colusión, y por otra parte y siguiendo la ley Sherman, sosteniendo que acá hay una especie de fraude genérico, en algunos casos de colusión, y aplicando las normas de fraude patrimonial.

Llamó la atención que en esta materia, se ha intentado generar cierto temor en cuanto a que penalizar la colusión se va a traducir en la imposibilidad de detectar carteles, que nadie va a delatar. Eso

es falso y para comprobarlo basta revisar la historia de aquellos países donde se ha penalizado, afirmó.

Expresó que le cuesta entender esta argumentación, particularmente por parte de empresarios, pues en su parecer si un empresario, que por ejemplo representa a una asociación gremial de empresarios, quiere proteger el mercado, su actitud ante una situación de colusión no puede ser otra que ser el primero que reacciones en forma dura, penal, contra los involucrados.

Declaró que la colusión debe sancionarse no sólo porque se cumplen todos los requisitos para la tipificación de un delito, sino porque es inmoral sostener lo contrario.

Finalmente, sintetizó algunos aspectos. Reiteró que en esta materia no se habla sólo de economía, sino de bases de la institucionalidad democrática, como quedó en claro en la discusión original de la ley Sherman, y se ha seguido sosteniendo en Estados Unidos como modo de proteger la democracia. En segundo lugar, sin duda se trata de un tema complejo y que hay que estudiar, pero que puede perfectamente ser conocido por el sistema penal, con una serie de efectos positivos. Finalmente, puso de relieve que no se debe olvidar la raíz anglosajona de la colusión, que lleva a que esta legislación tenga áreas que no son comunes con otros ámbitos del derecho; el sistema penal anglosajón es un sistema de tipos penales abiertos, en que entrega formalmente la precisión de contenido a los jueces, lo que sería inconstitucional en nuestro país, y que se ha tenido que adaptar a nuestra realidad.

Llamó una vez más a que esta materia se analice con una mirada republicana y no sólo económica, y el contexto social actual en Chile puede iluminar esa mirada.

6.- Profesor Dr. Señor Juan Pablo Mañalich R.

I.- LA SITUACIÓN JURÍDICA VIGENTE Y LA NECESIDAD DE SU MODIFICACIÓN.

En primer término, se refirió a la situación jurídica vigente y la necesidad de su modificación.

En relación a este punto abordó las siguientes materias:

- La inefectividad de la persecución bajo la legislación vigente hasta el 14 de noviembre de 2003;

- La “descriminalización” operada mediante la ley N° 19.911, de noviembre de 2003;

- La punibilidad remanente de la alteración fraudulenta de precios;

- La necesidad de un reforzamiento punitivo cualificado de la prohibición de la colusión en cuanto atentado contra la libre competencia;

- La orientación hacia la prevención general negativa y la orientación hacia el “merecimiento empírico”, y

- Merecimiento empírico y proporcionalidad ordinal.

II. LA CUALIFICACIÓN DEL ILÍCITO DE LA COLUSIÓN BAJO LA TIPIFICACIÓN PENAL PROPUESTA.

Al respecto, se refirió a los siguientes puntos:

- El “comportamiento colusivo” como núcleo típico: implementación de la “regla per se” mediante la tipificación de un delito de peligro abstracto para la libre competencia como bien jurídico colectivo.

- La impertinencia de la inclusión de toda referencia a una “afectación de la libre competencia”.

- La finalidad (disyuntiva) consistente en la fijación de precios, limitación de producción o provisión o distribución de cuotas de mercado como elemento subjetivo específico.

- La relación sistemática con la tipificación de los delitos de alteración fraudulenta de precios bajo los arts. 285 del CP: la estructura resultativa de la alteración de precios.

III. ALGUNOS ASPECTOS DEL RÉGIMEN DE PUNIBILIDAD Y PENALIDAD.

-El reconocimiento de la delación compensada (cualificada) como obstáculo a la punibilidad bajo el propuesto art. 286 ter: sentido y alcance.

-El marco penal previsto: la colusión como hecho constitutivo de crimen.

-La variante calificada por incidencia sobre bienes y servicios de primera necesidad bajo el inc. 2º del art. 286 bis.

-La (nueva) regla sobre suspensión por un año de la ejecución de la eventual pena sustitutiva susceptible de ser impuesta bajo la Ley N° 18216.

IV. LA CONCURRENCIA DEL EJERCICIO DE POTESTADES DE PERSECUCIÓN Y SANCIÓN HETEROGÉNEAS.

Abordó los siguientes aspectos:

-El principio ne bis in idem como conjunción de dos estándares: la prohibición de sanción múltiple y la prohibición de juzgamiento múltiple.

-El régimen de acumulación de sanciones de multa y de penas privativas de libertad.

-La irrelevancia de la fijación de las sanciones en cuerpos legales diferentes.

-La analogía con la Ley de Mercado de Valores.

-La constatación de la recurrente técnica de acumulación de sanciones al interior de un mismo marco penal compuesto como reducción al absurdo.

V. EL RÉGIMEN DE COMPLEMENTARIEDAD DE LOS CONTEXTOS DE PERSECUCIÓN.

Sobre el particular destacó lo siguiente:

-La legitimidad del régimen de distribución de competencias por diferenciación orgánica.

-Las ventajas técnicas de la legitimación activa excluyente de la FNE bajo el art. 286 quáter y la anomalía del reconocimiento de derechos de querellante las “víctimas” bajo nueva versión del inc. 1º del art. 286 ter.

-La facultad discrecional de persecución alternativa o copulativa ante el TDLC y el tribunal penal reconocida al FNE; la conveniencia de la (nueva) exigencia de simultaneidad de presentación de requerimiento e interposición de querrela bajo inc. 3º del art. 286 quáter.

-La divergencia del estándar de prueba y la inconveniencia de una regla de prejudicialidad.

7.- Cristóbal Caviedes Paúl™

Se me ha pedido informar a la Comisión de Economía del H. Senado acerca del proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 (“DL 211”) de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia.

Como comentario general, el proyecto es positivo y las disposiciones propuestas van en la dirección correcta. No obstante, el proyecto es perfectible en varios aspectos. Es por eso que recomiendo realizar una serie de modificaciones, a modo de evitar que sea necesario enmendar al poco andar la nueva legislación libre competencia que se propone. En este sentido, considero preferible dilatar la discusión para efectuar las mejoras necesarias.

Mi exposición se divide en tres partes: primero me referiré al sistema de control preventivo de concentraciones; luego trataré acerca de los procedimientos ante tribunales; y finalmente, haré mención a otros asuntos relevantes.

I. CONTROL PREVENTIVO DE CONCENTRACIONES

Es altamente positivo que se establezca un procedimiento de dos etapas o fases. También es bueno que ambas etapas queden a cargo de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), ya que la flexibilidad procesal es crucial para que un sistema de control de concentraciones cumpla sus objetivos: aprobar rápidamente las fusiones neutras o pro-competitivas (la mayoría) y prohibir únicamente las anti-competitivas (la minoría).

No obstante lo anterior, la propuesta tiene los siguientes problemas:

1.1. Definición excesivamente amplia sobre qué es una concentración y quiénes deben someterse a control. La mayoría de las fusiones son pro-competitivas o neutras. Más aún, las concentraciones que realmente pueden tener riesgo anticompetitivo son las horizontales—aquellas en las que un agente económico adquiere acciones,

™ Abogado, Universidad Católica; Magíster en Derecho con Mención en Derecho Público, Universidad de Chile; Master of Laws (LLM), *University College London*.

derechos sociales o activos de un competidor que opera en un mismo mercado con productos o servicios idénticos o sustitutos—no las verticales ni las conglomerales.

Pues bien, el proyecto incluye todo tipo de fusiones. Esto es grave ya que, en derecho de la competencia, las conductas socialmente deseables de las indeseables se parecen mucho. Por tanto, cuando se incorporan todo tipo de concentraciones, se genera incerteza jurídica a aquellos agentes que legítimamente quieran organizar sus actividades económicas bajo modalidades con muy poca probabilidad de generar efecto anticompetitivo. Creo que lo mejor es limitar la obligación de notificar a las fusiones horizontales. El resto de las concentraciones pueden perfectamente quedar cubiertas con la notificación voluntaria que se contempla en el proyecto.

1.2 Falta de “Declaración de Objeciones” o “Pliego de Cargos”. En los mejores sistemas comparados de control de concentraciones, cuando se pasa de la fase I a la fase II, la autoridad antimonopolios emite una “declaración de objeciones” o “pliego de cargos” en que señala en forma clara y precisa qué aspectos de la concentración son los potencialmente anticompetitivos. El problema del proyecto actual es que no contempla la emisión de este documento cuando la FNE decide extender la investigación. El proyecto sólo dice que la resolución debe ser fundada, pero no exige especificar los aspectos problemáticos de la fusión que se revisa.

Los pliegos de cargos ayudan a todos los involucrados. Por una parte, la FNE puede enfocar su análisis desde lo general hasta lo particular, lo que es deseable considerando lo complejo de las concentraciones. Por otra, cuando los agentes económicos conocen exactamente qué es lo que preocupa a la autoridad, pueden ofrecer medidas mitigatorias enfocadas únicamente en esos aspectos. Finalmente, con una declaración de objeciones, los terceros interesados tienen más probabilidades de que sus observaciones sean efectivamente tomadas en cuenta, ya que se referirían exclusivamente a los aspectos objetados de la operación.

1.3. Silencio Administrativo Positivo. Ya que la mayoría de las fusiones son pro-competitivas o neutras, es bueno que el proyecto establezca que, si la FNE no se pronuncia, se entenderá aprobada la concentración (silencio administrativo positivo). Empero, el proyecto da a entender que éste silencio administrativo operaría automáticamente, lo que en la práctica nunca es así. Los silencios administrativos positivos siempre deben ser declarados por un funcionario competente, funcionario que, al parecer, sería el Fiscal Nacional Económico.

Ya que el proyecto no señala quien debe declarar el silencio administrativo positivo, debería operar el art. 64 de la Ley N° 19.880 de Bases de Procedimientos Administrativos. Ésta disposición exige al funcionario competente que envíe copia de la solicitud al superior jerárquico. El problema es que, como la FNE es un organismo descentralizado, el Fiscal Nacional Económico no tiene superior jerárquico.

Ergo, la norma es inaplicable. Por tanto, para evitar vacíos normativos, sugiero especificar que, para efectos del art. 64 de la Ley N° 19.880 de Bases de Procedimientos Administrativos, el funcionario a cargo de declarar el silencio administrativo positivo no será el Fiscal Nacional Económico sino otro que éste designe. De este modo, el Fiscal Nacional Económico queda como superior jerárquico y así la norma pueda aplicarse.

1.4. Suspensión de Plazos de Mutuo Acuerdo.

Es positivo que el proyecto permita a las partes suspender de consuno la revisión. Sin embargo, no veo razón alguna para poner límites a estas suspensiones, tal como lo hace el proyecto. Los más interesados en que una fusión se apruebe rápidamente son quienes la notifican, no la FNE ni tampoco los terceros. Por ende, si los notificantes están dispuestos a renunciar a los plazos—incluso aunque sea más de una vez y por períodos superiores a 30 o 60 días—no observo buenos motivos para impedirlo.

1.5. Inmunidad. El gran incentivo para notificar es el efecto preclusivo o de inmunidad establecido en el art. 32° inc. 1° del DL 211. Sin embargo, la excepción a la inmunidad (el surgimiento de nuevos antecedentes) es muy amplia, lo que le quita poder a éste incentivo. El proyecto no modifica esta excepción.

Por contraste, en derecho comparado, cuando se reconoce el efecto de inmunidad a las operaciones aprobadas por la autoridad anti-monopolios, las únicas excepciones son: **(i)** el incumplimiento de medidas mitigatorias acordadas o impuestas (letra c) del art. 3° bis propuesto por el proyecto); y **(ii)** el haber entregado información falsa (letra e) del art. 3° bis propuesto por el proyecto).

En consecuencia, para efectos de fortalecer aún más el incentivo a notificar, propongo que se señale expresamente que las únicas excepciones al art. 32° son las situaciones descritas en las letras c) y e) del art. 3° bis que se propone.

1.6. Participación de Terceros y Publicidad del Expediente. Es positivo que los terceros no puedan iniciar el control de concentraciones. Empero, es cuestionable limitar su participación únicamente a la fase II. Considero conveniente reconocerles también el derecho a aportar antecedentes en la fase I, dentro de los primeros 10 días desde que la FNE dicta la resolución que inicia la investigación.

Por la misma razón, estimo también que el expediente debería ser público desde el inicio de la investigación. Si a los notificantes les interesa que partes del expediente sean reservadas o confidenciales, podrían perfectamente pedirlo al momento de notificar, no después.

II. PROCEDIMIENTOS ANTE TRIBUNALES

2.1. Juicios ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”). Los juicios ante el TDLC se basan en nuestro actual sistema procesal civil, con elementos de oralidad y concentración.

Pues bien, existe consenso técnico y político que tal sistema es manifiestamente deficitario tanto en eficiencia como en protección de derechos. De hecho, actualmente se discute en éste Congreso Nacional el proyecto de nuevo Código Procesal Civil.

Ahora bien, no obstante los procedimientos ante el TDLC funcionan adecuadamente, se podría haber aprovechado la oportunidad para mejorarlos basándose en las propuestas del proyecto de Código Procesal Civil. La razón es que, cuando los procedimientos ante tribunales son similares, se incrementa la seguridad jurídica de los afectados junto con facilitar el manejo del sistema por todos los operadores jurídicos (tribunales, abogados, etc.).

En términos concretos, creo que los juicios ante el TDLC por conductas anti-competitivas (arts. 19 al 29 del DL 211) deberían ser análogos al juicio ordinario propuesto en el proyecto de Código Procesal Civil; mientras que la revisión especial de concentraciones prohibidas por la FNE deberían sujetarse a un procedimiento idéntico al juicio sumario propuesto en el proyecto de Código Procesal Civil. Esto no tiene nada de extraño si se toma en cuenta que, en varios de los mejores sistemas en derecho comparado (EEUU, Reino Unido y la Unión Europea), los tribunales se sujetan a éste tipo de procedimientos civiles, lo que ocurre incluso cuando el tribunal es especializado.

2.2. Reclamación ante la Corte Suprema.

Siguiendo la misma lógica, considero necesario reemplazar el recurso de reclamación del art. 27 ante la Corte Suprema por un recurso extraordinario igual al establecido en el proyecto de Código Procesal Civil. Es decir, se le debería reconocer a la Corte Suprema la facultad para decidir discrecionalmente cuáles causas conoce y cuáles no (*certiorari*). Si se quiere fortalecer el rol de la Corte Suprema como uniformador de jurisprudencia, entonces es imprescindible que no todos los juicios lleguen a ella, sino únicamente aquellos en los que hay un interés general comprometido, tales como los casos de sentencias contradictorias del TDLC. La capacidad de recurrir en toda circunstancia ante los tribunales superiores de justicia para revisar sentencias definitivas no es imprescindible. Por eso se eliminó el recurso de apelación y se restringió el acceso a la Corte Suprema en el nuevo sistema procesal penal, donde los bienes jurídicos del afectado son de incluso mayor relevancia que en sede de libre competencia.

2.3. Facultades Investigativas de la FNE.

Tal como lo ha señalado la Excm. Corte Suprema en sus informes sobre éste proyecto, no queda claro por qué son las Cortes de Apelaciones las encargadas de controlar la legalidad de la investigación de la FNE siendo que éste control es idéntico al que realizan los juzgados de garantía sobre el Ministerio Público. Comparto plenamente la opinión de la corte acerca de que ésta función deberían ejercerla los juzgados de garantía. Actualmente las Cortes de Apelaciones están sobrepasadas. Por ende, es necesario descargarlas de funciones extrañas a la revisión de las sentencias de los tribunales inferiores.

2.4. Paralelismo entre los Juicios Penal y de Libre Competencia. Tal como lo señalaron ante la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados el Fiscal Nacional Económico, el Presidente del TDLC y varios expertos (Nicole Nehme, Christian Acuña y Julio Pellegrini), es complicado que los procesos criminal y de libre competencia puedan correr en paralelo ya que los estándares de condena en sede penal son mucho más altos que en sede de libre competencia. En otras palabras, es altamente probable que una conducta sancionada por el TDLC no lo sea por los tribunales penales. En consecuencia, si se permite la existencia de juicios paralelos puede haber, por un lado, una presión social indebida para que el Fiscal Nacional Económico se querelle en casos donde no corresponde; mientras que por otro, la ciudadanía quedaría bastante confundida si las sentencias son contradictorias en distintas sedes.

Es necesario evitar cualquier tipo de populismo penal. En consecuencia, tal como se sugirió en su minuto, es preferible que primero se realice el juicio de libre competencia y, sólo cuando el resultado es condenatorio, proseguir por sede criminal. En otras palabras, la prescripción de la acción penal se suspendería mientras se sigue el juicio ante el TDLC, pudiendo el Fiscal Nacional Económico querellarse sólo una vez que tenga una sentencia condenatoria en sede de libre competencia.

III. OTROS ASUNTOS

3.1. Potencial Inconstitucionalidad Art. 3º bis. El art. 3º bis del proyecto señala que el TDLC—junto con imponer las medidas del art. 26º—podrá aplicar “todas las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias”.

Éstas medidas adicionales son sanciones administrativas, y este tipo de sanciones deben cumplir con el principio de tipicidad establecido en el art. 19 N°3 de la Constitución Política de la República, el cual requiere que tanto las conductas sancionadas por ley como las sanciones en sí mismas deben ser descritas en forma clara y precisa, cosa que no ocurre en este caso.

Por otra parte, ésta frase es innecesaria. El art. 26º señala medidas suficientes para sancionar conductas contrarias a la libre competencia sin que sea necesario hacer menciones extra. Por tanto, no solamente existe riesgo de inconstitucionalidad sino que además redundancia. En consecuencia, lo mejor es derechamente eliminar ésta frase.

3.2. Prohibición de Contratar con el Estado. Tal como se señaló ante la Comisión de Economía de la H. Cámara de Diputados, ésta sanción a la colusión tiene dos problemas:

En primer lugar, sólo prohíbe al sancionado contratar con la Administración del Estado, pero no con los tribunales o el Congreso Nacional. No se ven buenas razones para esta exclusión. Por tanto, si se decide mantener la prohibición, se deberían incluir todos los órganos del Estado, no sólo a la Administración.

Por otro lado, dependiendo de cómo se aplique la sanción, el más perjudicado podría ser el propio Estado. Si hay pocos proveedores y a todos se los sanciona por colusión, el Estado podría quedarse sin ninguno.

3.3. Art. 286 bis Incompleto. El nuevo art. 286 bis establece una serie de inhabilidades para los sancionados por colusión. Sin embargo, éstas inhabilidades están incompletas en el siguiente sentido:

En primer lugar, el art. sólo menciona a las empresas del Estado, pero no a aquellas en que el Estado tenga participación. También falta mencionar a las sociedades anónimas especiales.

En segundo lugar, el art. sólo inhabilita para desempeñarse como gerente o director, pero no como ejecutivo principal, inspector de cuentas o auditor externo, siendo que en la práctica estos cargos son también bastante relevantes en las empresas, particularmente en las sociedades anónimas.

Finalmente, sólo se prohíbe el ejercicio de cargos directivos en las asociaciones gremiales, empresariales o de consumidores; los partidos políticos y los colegios profesionales; pero se excluyen otras corporaciones o fundaciones sin fines de lucro tales como, por ejemplo, las universidades o las ONG. El artículo debería incluir todo tipo de personas jurídicas sin fines de lucro.

3.4. Consultas ante el TDLC. Al igual como lo señalaron el Presidente del TDLC y la abogada Sra. Nicole Nehme, ya que se establece el control preventivo obligatorio de fusiones, la posibilidad de consultar ante el TDLC se transforma en casi irrelevante. El problema es que las consultas actualmente demoran mucho tiempo ante el TDLC (8 meses en promedio), sin contar que además la Corte Suprema puede intervenir a través del recurso de reclamación (otros 6 meses). Por tanto, debido a la pérdida de relevancia de la consulta y con el fin de descargar a los tribunales, considero que lo más conveniente es eliminar este mecanismo. Alternativamente, el procedimiento de consulta debería abreviarse, eliminando la posibilidad de recurrir a la Corte Suprema.

3.5. Proposición de Modificaciones Legislativas. A diferencia del proyecto original, con el actual articulado tanto la FNE como el TDLC podrán proponer al Presidente de la República modificaciones legales y reglamentarias tendientes a promover la libre competencia. No obstante ¿qué pasaría si la FNE y el TDLC analizan un mismo asunto y no están de acuerdo? En el peor de los casos, ambos pronunciamientos perderían fuerza; mientras que en el mejor de los casos, ya que la opinión de la FNE será respaldada por un estudio de mercado, siempre se preferirá la opinión de éste organismo a la del TDLC. Por tanto, con el fin de evitar estos problemas, considero conveniente radicar esta facultad únicamente en la FNE, tal como lo hacía el proyecto original.

Además, radicar esta facultad exclusivamente en la FNE realza el rol del TDLC como tribunal en lugar de *policy-maker*.

3.6. Período Presidente TDLC y de los Ministros. Si bien es cierto es positivo que el presidente del TDLC pase a ser designado por sus pares, considero que el período de dos años para tal cargo es excesivamente corto si se toma en cuenta que es justamente ésta autoridad la encargada de ejercer liderazgo y proyectar la labor del TDLC como organismo defensor de la libre competencia. En mi opinión, habría sido preferible establecer un período de mínimo 3 o 4 años.

Por otra parte, el proyecto actual no modifica el período de duración de ministros del TDLC (6 años con posibilidad de reelección). Pues bien, ya que uno de los objetivos del proyecto es fortalecer la independencia y profesionalismo del TDLC, uno de los mecanismos más adecuados para ello es la no reelección de los jueces. Por ende, habría sido conveniente que el proyecto extendiese el período de los ministros del TDLC de 6 a 9 años sin reelección, tal como ocurre actualmente con los ministros del Tribunal Constitucional.

3.7. Prohibición Ministros Suplentes. El proyecto actual prohíbe a los ministros suplentes del TDLC prestar asesorías bajo contraprestación pecuniaria (ej. honorarios, remuneraciones, etc.). Sin embargo, el proyecto no prohíbe prestar asesorías bajo contraprestación no pecuniaria (ej. pago en especies). Aún cuando la contraprestación no pecuniaria es altamente improbable, sugiero corregir este vacío normativo.

3.8. Redacción Perfectible. Ciertas disposiciones del proyecto están redactadas de forma redundante (ej. “dos o más empresas competidoras entre sí”, lo que equivale a decir “ambos dos” o “todos y cada uno”). La misma idea puede comunicarse más brevemente, lo que facilita la comprensión—y en consecuencia la aplicación—de la ley por jueces, abogados y ciudadanos en general. Acompaño en un anexo el proyecto con control cambios, donde sugiero modificaciones tendientes a simplificar su redacción.

8.- Abogado señor Juan Cristóbal Gumucio

1.- INTRODUCCIÓN

El proyecto cubre muchos aspectos, los cuales no son abarcables en una sola presentación.

Me enfocaré en algunos aspectos relativos a:

- 1) **Control de operaciones de concentración.**
- 2) **Multas.**
- 3) **Concepto de colusión.**
- 4) **Sanciones penales.**
- 5) **Interlocking.**

Una serie de otros temas, tales como ámbito de cobertura de la delación compensada, derogación del artículo 285 o aclaración sobre su inaplicabilidad a casos de colusión, confidencialidad de los expedientes en los procesos penales, procedencia del derecho a la no autoincriminación, nuevas facultades de la FNE, nuevas normas de procedimiento y derecho a defensa, sanciones accesorias, indemnización de perjuicios, intervención de las asociaciones de consumidores en desmedro de la FNE, importancia de agilizar el procedimiento de consulta ante el TDLC, dedicación exclusiva de los ministros, entre otras, no podrán ser abarcadas para mantener esta exposición en tiempos acotados, pero quedo a disposición de esta Comisión, si fuera de su interés que comente estos aspectos en otra oportunidad.

Conjuntamente con esta minuta se adjunta una presentación en power point exhibida durante la audiencia, y el informe que la Amercian Bar Association (ABA) le envió al Gobierno y a la FNE.

2.- CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN (OC). RIESGOS DE SOBRE-NOTIFICACION Y SOBRE-MITIGACIÓN.

El procedimiento de consulta actual no es adecuado para lidiar con operaciones de concentración y desde ese punto de vista, **el procedimiento propuesto es un avance** por cuanto debiera ser más veloz y permitir un mayor nivel de flexibilidad para negociar mitigaciones con la autoridad.

En el mundo existen países que tienen sistemas de notificación **voluntarios y obligatorios**. En mi opinión, un procedimiento veloz y una amenaza seria de ser demandado, arriesgando altas multas y desinversión de activos, son incentivos adecuados para que las empresas notifiquen voluntariamente. Un procedimiento **voluntario es más eficiente** y exige menos recursos privados y públicos que un sistema obligatorio. Por ejemplo, UK con un sistema voluntario, revisa aproximadamente 100 operaciones por año, mientras que Alemania, con uno obligatorio, supera las

mil. Sin embargo, en ambos países la gran mayoría de las operaciones revisadas no infringen la libre competencia y son aprobadas sin mitigaciones. **(PPT)**

Sin perjuicio de lo anterior, el proyecto se inclina por un **sistema de notificación obligatorio**. Si se analiza las estadísticas de Estados Unidos (USA), Europa (UE) y de otros países que tienen sistemas de notificación obligatorio, el promedio es que **de cada 100 operaciones revisadas, 95 son irrelevantes** desde el punto de vista de la libre competencia. Aquí hay una gran pérdida social. **(PPT)**

i. UMBRALES. RIESGO DE SOBRE-NOTIFICACIÓN.

1.- Umbrales que digan relación con efectos en Chile.

Para evitar esa pérdida social, se intentan diseñar **umbrales eficientes**, objetivo que ha demostrado ser elusivo porque se terminan estableciendo definiciones de operaciones de concentración muy amplias y umbrales muy bajos, por temor de que una operación relevante no sea revisada. **Ejemplo, participación minoritaria en salmones.**

Parece adecuado que los umbrales los fije el MINECON con consulta al TDLC y la FNE, pero la ley tiene un defecto en cuanto a la definición de los umbrales cuando se trata de las **asociaciones o Joint Ventures (JV)** señalados en el artículo 47 inc 1° letra c), por cuanto **atrapa operaciones de concentración que no generan ningún efecto en Chile**, en la medida que los grupos empresariales o agentes económicos a los que pertenezcan esas asociaciones tienen ventas en Chile.

Por **ejemplo**, si una empresa minera chilena se asocia con una empresa extranjera, que tiene yacimientos en Chile y ambas tienen ventas en Chile, para formar un joint venture que explotará un yacimiento minero en Croacia, la operación deberá ser consultada en Chile, aun cuando el producto de la mina croata nunca se venda en Chile, por cuanto el numeral i) del inciso segundo del artículo 48 fija el umbral en relación a las ventas de las empresas que forman el JV, sin ninguna atención al *target* (sociedad JV formada en Croacia). Otro tanto podría ocurrir si una cadena de ferreterías chilenas se asocia con una supermercadista americana que tiene ventas en Chile, para formar un *home center* en Colombia.

En el caso de **empresas que se fusionan** (letra a) inc 1° art. 47), pareciera que la ley exige ventas en Chile para las empresas fusionadas, pero la redacción no es completamente clara cuando hace alusión a los grupos empresariales.

RECOMENDACIÓN.

Para resolver este problema la ley debiera establecer que **en el caso de una asociación, el agente económico que**

surge de la asociación debe tener ventas en Chile que superen los umbrales establecidos en el Reglamento.

Una opción para resolver este punto sería agregar en el numeral i) del inciso segundo, luego del punto aparte, que pasa a ser punto seguido, la siguiente frase:

“Si los agentes económicos que se fusionan o asocian no tienen ventas en Chile, no se computarán las ventas en Chile de sus respectivos grupos empresariales.”

2.- Período de vacancia de umbrales establecidos por MINECON.

El MINECON podrá modificar los umbrales en el tiempo, pero es preciso que dichas modificaciones tengan un tiempo de vacancia para que las empresas puedan ajustarse a los nuevos umbrales.

Las operaciones de concentración son procesos complejos, cuyo perfeccionamiento conlleva un tiempo considerable y en donde se deben cumplir muchas condiciones para su materialización. El establecimiento de nuevos umbrales puede constituir un serio atentado contra la concreción de determinadas operaciones, en caso que aquellos se apliquen *in actum*, cambiando de un día a otro el escenario normativo que se tuvo en cuenta al concebir la operación. En consideración de lo señalado, se sugiere el establecimiento de un período de **vacancia de 90 días en la vigencia de los umbrales para aquellas operaciones que no estaban obligadas a notificar** con los umbrales anteriores.

RECOMENDACIÓN:

Agregar un inciso final en el artículo 48:

“Siempre que la dictación de un nuevo reglamento signifique que deban notificarse operaciones que no estaban obligadas a hacerlo conforme a los umbrales previamente vigentes, los nuevos umbrales no entrarán en vigencia sino una vez transcurridos 90 días desde su publicación en el Diario Oficial.”

ii. RIESGO DE SOBREMITIGACIÓN. (EZRAQUI)

Los sistemas de control de fusiones generan riesgos de sobre-mitigación, por cuanto los fiscalizadores están predispuestos y entrenados para encontrar riesgos, siendo más grave para su responsabilidad funcionaria dejar pasar una operación sin mitigaciones que sobre-mitigándola.

Por su parte, las partes de la operación están urgidas por cerrar la operación y están dispuestas a pagar el costo de la sobre-mitigación antes que enfrentarse con la autoridad, arriesgar el resultado de la operación o demorarla (cuestión que muchas veces puede ser la muerte de la operación).

Sin embargo, **sobre-mitigar puede** tener costos sociales altos e incluso **producir efectos contrarios a la libre competencia. Por ejemplo, fuel oil.**

Si bien, estos sesgos son difíciles de evitar, en lo posible se debe intentar mantenerlos al mínimo. En ese sentido, el PL genera incentivos para sobre-mitigar en varios aspectos:

1.- La FNE acepta o rechaza, pero no discrepa en cuanto a las mitigaciones. Esa situación binaria, produce incentivos para que las partes acepten más mitigaciones de las que habrían aceptado, si la FNE aceptara la operación y la discrepancia sólo se da a nivel de ciertas mitigaciones. Como es muy difícil para la FNE proponer mitigaciones, no se sugieren modificaciones al respecto.

2.- Plazos acotados ante el TDLC. Los plazos del procedimiento de revisión sólo están acotados ante la FNE. El **recurso de revisión ante el TDLC no contempla plazos**. Un procedimiento que genere certidumbre en los plazos, es de la esencia. Si las partes se enfrentan ante un potencial rechazo y no hay plazos ciertos ante el TDLC, los incentivos a sobre-mitigar aumentan. Se sugiere que la **vista de la causa sea 30 días después de interpuesto el recurso de revisión y el TDLC falle en 45 días, desde la vista de la causa.**

Recomendación:

Para resolver esta situación se propone:

a. Agregar, al final del inciso segundo del art. 31 bis, la frase ***“La audiencia pública de la que trata este inciso deberá tener lugar dentro de los 30 días siguientes a la presentación del recurso en cuestión.”***

b. Agregar, al principio del inciso tercero del art. 31 bis, la frase ***“Dentro de los 45 días siguientes a la realización de la audiencia de la que trata el inciso anterior.”***

3.- Flexibilidad para aceptar propuestas. El PL exige al TDLC a considerar la **última propuesta ofrecida por las partes a la FNE** asumiendo que mientras más mitigaciones se ofrezcan es mejor para el mercado, pero dicha manera de razonar puede ser perjudicial para la economía. El TDLC debiera tener flexibilidad para aprobar la propuesta de las partes que le parezca más adecuada y **no restringir su ámbito de acción a la última propuesta.**

RECOMENDACIÓN:

Para resolver esta situación se propone **eliminar en el artículo 31 bis las palabras “últimas” y “última” en:**

a. el inciso tercero “*sujeta a las últimas medidas ofrecidas por el notificante de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 53.*” por la expresión:

b. en el inciso final “*medidas distintas de las contempladas en la última propuesta realizada por las partes*”

iii. LEY DE PRENSA

Actualmente, el art. 38 de la Ley N° 19.733 “*sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo*” (“Ley de Prensa”) establece, para el caso de los medios de comunicación social sujetos al sistema de concesión otorgada por el Estado, que todo hecho o acto relevante relativo a la modificación o cambio en la propiedad deberá contar, previo a su perfeccionamiento, con un informe de la Fiscalía Nacional Económica referido a su efecto sobre la competencia, la que deberá emitirlo dentro de los treinta días siguientes a la recepción de los antecedentes. Si el informe es desfavorable, el Fiscal Nacional Económico deberá comunicarlo al TDLC para efectos de lo dispuesto en el artículo 31 del DL 211.

Atendido que el **PL establece un procedimiento más expedito que la consulta y que no existe ninguna justificación para que estas operaciones deban seguir un procedimiento más engorroso** que las demás OC, se sugiere introducir una modificación al art. 38 de la Ley de Prensa, de tal forma que las operaciones que debiendo ser notificadas a la FNE, sean informadas de forma desfavorable por ésta, sean objeto del procedimiento establecido en el **artículo 31 bis a propósito del recurso de revisión** especial ante el TDLC, y no del procedimiento no contencioso de consulta establecido en el artículo 31 del DL 211.

RECOMENDACIÓN.

El tema podría ser resuelto si se **introduce el siguiente Artículo Cuarto en el Proyecto:**

“Artículo Cuarto.- Modifíquese el inciso segundo del artículo 38 de la ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, remplazando la frase “Tribunal para efectos de lo dispuesto en el artículo 31 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción”, por la frase “Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, quien conocerá del asunto de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 31 bis del Decreto Ley N° 211 de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción”.

3. MULTAS. EXCESIVAS Y NO DIFERENCIADAS POR TIPO DE INFRACCIÓN.

a.- Excesiva

La multa de hasta un **30% de la venta de la línea de producto o servicio por el tiempo de la infracción es excesiva** y de ser aplicada, muchas empresas caerán en insolvencia. **Empresas IPSA y Flores & Silva. (PPT)**

El Gobierno señala que adoptó estos estándares de lo contemplado en la **legislación americana y europea**, pero omite que ambas legislaciones **contemplan techos** para la multa que el PL no contempla. Por ejemplo, USA contempla un techo de USD 100 millones para personas jurídicas y USD 1 millón para personas naturales. Por su parte Europa contempla un tope del 10% de las ventas totales anuales de la empresa.

En efecto, la **ABA**² envió un informe al Gobierno donde indica que las multas propuestas son **las más altas del mundo**. Si bien el informe se refiere a la versión original del PL antes de limitarlo a la línea de producto o servicio involucrada en la infracción, para muchas empresas cuyos productos involucrados consistan en una gran cantidad de sus ventas, el límite propuesto por el gobierno en su indicación no es relevante. Por ejemplo, en el caso pollos, de aplicarse este límite habrían caído en insolvencia las tres empresas.

Condenar a la insolvencia a una empresa infractora no sólo afecta a la libre competencia porque elimina actores del mercado, sino también a una serie de **personas inocentes como accionistas y trabajadores** que no han participado de la infracción.

La multa debe ser disuasiva, pero no debe significar la insolvencia de una empresa. Si se quiere eliminar una empresa, el TDLC puede ordenar la disolución de una empresa.

A mayor abundamiento, una **multa excesiva impedirá que la empresa indemnice los perjuicios causados**, por cuanto habrá caído en insolvencia.

RECOMENDACIÓN:

La multa **debe limitarse a no más de un 10% de las ventas anuales**, para lo cual se propone agregar en el artículo 1°, 11, a) i) la siguiente frase final:

“siempre que dicha cantidad no exceda de un 10% de la ventas anuales del infractor.”

² “...The Section respectfully suggests that the 30 percent is both disproportionate and excessive.”...”Third, the Section respectfully suggests that the proposal to presumptively set fines at 30 percent of affected sales is disproportionate when compared with the fines assessed in the United States, Europe and elsewhere across the globe.” COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION SECTION OF ANTITRUST LAW ON THE DRAFT BILL AMENDING THE COMPETITION ACT ISSUED BY THE REPUBLIC OF CHILE. May 15, 2015.

De tal forma que se lea:

*...o hasta por el 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos y/o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido, **siempre que dicha cantidad no exceda de un 10% de las ventas anuales del infractor.***

b.- No se establece diferencias en cuanto al monto de las multas entre los distintos tipos de infracción.

El **mensaje del Gobierno** justifica el alza de las multas para que las empresas coludidas no saquen cuentas alegres donde infringir la ley sea más barato que cumplirla.

Sin embargo, el **alza de multas es indiscriminada** y no sólo aplica a las colusiones, sino que a cualquier infracción, incluyendo infracciones formales a la **nueva regulación de OC y a las conductas unilaterales** por abuso de posición dominante.

La ley debiera distinguir estas situaciones de la colusión. Es sumamente **complejo determinar de antemano que ciertas conductas** unilaterales son atentatorias contra la libre competencia, cuestión que reconoce la propia FNE en su **guía de restricciones verticales**, donde señala que esas prácticas pueden ser positivas o negativas según los beneficios o riesgos que implican en el caso concreto. Una misma escala de descuentos puede ser pro competitiva o anti competitiva según quien la aplique.

Si las multas son excesivamente altas y las conductas sancionadas muy inciertas, la **intensidad competitiva se reduce**, porque las empresas **no querrán innovar** con nuevas prácticas comerciales que puedan ser más agresivas, tratando de aplicar sólo fórmulas probadas. Se requiere acotar la contingencia en esta materia.

Ejemplos: MFN, escalas de crecimiento, distribución exclusiva, precios muy bajos, nuevas licitaciones.

PROPUESTA

Mantener la multa actual de UTA 20,000 o en su defecto subirla a un máximo de UTA 30,000 para conductas no colusivas.-

ABA. Necesidad de diferenciar las multas impuestas en los casos de colusión de las multas impuestas en otros casos (control de concentraciones y abusos de posición dominante).³

³ Esta sugerencia está en línea con lo propuesto por la ABA al Gobierno. “The Section therefore respectfully recommends that the Draft Bill clarify the scope of conduct that will be remedied through this fining mechanism. In particular, the Section suggests that this fining mechanism not be extended to monopolization or alleged abuses of dominant positions, where fines should focus on the actual damage caused, rather than on presumed effect, or to mergers.”

4.- CONCEPTO DE COLUSION. Sanciona a justos, pecadores e ignorantes

El **Mensaje** del PL señala que busca sancionar a los carteles duros “**hard core cartels**”, sin embargo, con el fin de facilitar la persecución de la colusión el PL incluye entre las **conductas prohibidas tanto conductas ilícitas como conductas legítimas**.

Existe una gran cantidad de situaciones donde la colaboración entre competidores, no sólo es legítima, sino también pro-competitiva.

El **artículo 3 letra a) en su nueva redacción** al eliminar toda referencia al poder de mercado de los partícipes de la conducta, **abarca situaciones insignificantes (de minimis) y casos eficientes**.

Richard Whish en el Día de la Competencia recomendó permitir **defensas de eficiencia** como la que permite el **artículo 101 TFEU** y la **Comisión Europea** reconoce el concepto de **de minimis**, donde conductas perpetradas por actores de mercado con una participación **menor al 10%** no son sancionadas.

Aún más grave, el **artículo 286 bis ni siquiera se refiere al bien jurídico libre competencia**, y sólo se limita a sancionar con pena de crimen una serie de **conductas que pueden ser contrarias o favorables** a la libre competencia.

De acuerdo a la **OECD** un cartel duro es

“an **anticompetitive** agreement, **anticompetitive** concerted practice, or **anticompetitive** arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce.”⁴

No es posible definir un cartel duro sin hacer alusión a su carácter anticompetitivo, para lo cual es preciso hacer un **análisis económico** de la conducta, de lo contrario, se producen **resultados absurdos y sumamente injustos**, que podrían darse en este caso de no corregirse estas falencias.

Ejemplos:

⁴ OECD, Recommendation of the Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels (1998). Citado del informe de la ABA enviado Gobierno y la FNE. También adjunto a esta minuta.

1.- 286 bis N°1: Fijar precio ofrecido o demandado:

- a.- Remolacheros / lecheros/ etc.
- b.- Sindicato de Pescadores.
- c.- Créditos Sindicados y cosegueros.
- d.- Kioskos.
- e.- Pool de compra.
- f.- Situación paradójica con JV entre competidores (ej nuevo proyecto minero) que se regula en art 47 y ss y cae en la descripción típica si no son notificados.

2.- 286 bis N°2. Limitar producción o provisión:

Autorregulación para eliminar las ampolletas incandescentes por temas ambientales.

3.- 286 bis N°3 “Organice acuerdos que involucren a competidores para repartir zonas o cuotas”.

Un franquiciante que otorga territorios a sus franquiciados o un proveedor que asigna distribuidores por tipo de clientes o por territorios.

4.- 286 bis N°4 “Afectar resultado de licitaciones”

Consorcio Planta Mininco: Ovalle Moore con Sigdo Kopers.

Conclusión: en caso de no existir como requisito para la aplicación de una sanción penal la existencia de una lesión al bien jurídico protegido, se podrían castigar conductas y situaciones que no son ilícitas.

PROPUESTAS

i.- Art. 3 a) → deben incorporarse:

a. normas de mínimis que impidan castigar casos insignificantes y

b. Defensa de eficiencias. debe existir la posibilidad de defender la conducta, cuando ella genera eficiencias que son superiores a sus riesgos. El art. 101 inc 3° TFEU puede ser un modelo a seguir.

ii.- Art. 286 bis:

Se debe incorporar el bien jurídico protegido, de manera que **la conducta afecte o pueda afectar la libre competencia.**

b.- ¿Por qué ocurren las situaciones planteadas anteriormente?: Cuadratura del Círculo y titularidad de la acción.

Sistema político estima que existe un clamor popular por aplicación de sanciones penales en casos de colusión.

El Gobierno pareciera desconfiar de la capacidad de los jueces del crimen para analizar casos económicos complejos.

Atendido que existe un órgano persecutor especializado en la materia (FNE) y que ha cumplido adecuadamente su rol, se le otorga la titularidad de la acción en forma exclusiva, cuestión con la que estamos de acuerdo, y se le simplifica el análisis al juez, eliminando la descripción típica de cualquier elemento normativo, con lo cual se vacía de contenido el delito y la acción permite castigar todo tipo de actos.

Este diseño institucional tiene graves defectos. En primer lugar no permite distinguir las conductas lícitas de las ilícitas, porque la ley no las distingue.

Otorga un gran poder discrecional al FNE para determinar a quién perseguir.

Esta situación posiblemente implique que el FNE deberá lidiar con fuertes presiones políticas cuando se resista a ejercer la acción penal siendo acusado de abandono de funciones por no ejercer las acciones penales en casos donde la conducta típica se ejecutó, aunque no se trate de figuras de colusión.

PROPUESTA.

1) Por razones de justicia, para evitar la persecución de inocentes y para permitir al FNE una defensa adecuada ante presiones de terceros, el art 286 bis debe contemplar que las conductas sean lesivas contra la libre competencia, aún cuando dificulte el análisis del juez. De hecho, en un delito que no defiende ningún bien jurídico el juez no estaría facultado para condenar a una persona, pero es mejor explicitar lo anterior.

2) Para limitar la discrecionalidad del FNE y para defenderlo de los embates de terceros que lo presionen para que ejerza la acción penal, el FNE debiera solicitar autorización del TDLC para ejercer la acción penal, de un modo similar a la autorización que debe obtener para llevar a cabo las medidas intrusivas del artículo 39 n): “*antecedentes precisos y graves acerca de la existencia de prácticas de colusión*”

5.- SANCIONES PENALES.

Penal vs administrativo. Existe un debate en el mundo, liderado por USA y Europa respectivamente, sobre cuál sistema es mejor para combatir los carteles. Si un sistema **penal o uno sancionatorio administrativo**. **No conozco estudios concluyentes. M. Jaspers.**

A mi juicio Chile funciona bien. La FNE y el TDLC han hecho un buen trabajo y el país ha ido subiendo sus estándares. Hay múltiples ajustes por hacer, en particular en relación a la delación compensada y la derogación del artículo 285 del Código Penal, pero esta modificación implica un riesgo de echar a perder lo avanzado.

Se legisla teniendo en mente grandes casos como farmacias, pollos y papeles, pero no son la regla general. **Ver estadística de casos sancionados. No son grandes empresas. (PPT)**

Conciencia de ilicitud: existen casos donde es posible que los actores hayan desconocido que se encontraban realizando una conducta ilícita.

1.- Pena excesiva.

El PL exacerba las penas y el juez queda con poca capacidad para graduar la pena al caso concreto. Las penas propuestas son más altas que la generalidad de las penas en materia económica y derecho de propiedad.

La desproporción de las penas en relación a otros delitos equivalentes y la poca flexibilidad que se le otorga al juez para aplicarla al caso concreto (año efectivo y máximo para bienes de primera necesidad) generarán una mayor presión para absolver.⁵

Penas más altas que las impuestas por el derecho comparado. El Memorándum de la ABA⁶ al Gobierno y FNE (adjunto), estima que penas de 5 a 10 son excesivas y señala que el Gobierno de Chile cita la ley de los Estados Unidos y Canadá para fundar sus penas en Chile, señalando que en dichos países las penas pueden alcanzar a 10 y 14 años respectivamente, sin embargo la ABA advierte que dicha aseveración es fruto de una comprensión errada de cómo opera la guía para la imposición de penas en USA. La ABA explica que en USA las penas

⁵ Por su parte la ABA advierte: “Such a long sentence may have negative impacts on deterrence goals as well as cooperation through the leniency program. Disproportionately large criminal penalties are less likely to obtain cultural acceptance which leads to enforcement difficulties. Further, defendants facing the prospect of such long prison sentences are more likely to challenge the charges in court rather than settling with the enforcement agencies. Large numbers of complex antitrust trials may stress the government’s trial resources. Finally, it is important that the sentencing tribunal have discretion to deviate from the proposed sentence so that the sentence reflects any mitigating or aggravating factors. Such flexibility in sentencing would likely lead to increased cooperation.”

⁶ COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION SECTION OF ANTITRUST LAW ON THE DRAFT BILL AMENDING THE COMPETITION ACT ISSUED BY THE REPUBLIC OF CHILE. May 15, 2015.

de cárcel fluctúan entre 10 y 16 meses y en Canadá hasta un año, aun cuando las leyes señalen plazos teóricos mayores.⁷

2) Bienes o servicios de primera necesidad.

La pena se aplica en su máximo cuando se trata de bienes o servicios de primera necesidad, pero **¿cuáles son?** ¿Todos menos los suntuarios o de lujo? **Pescadores de Pichilemu**, ¿es el pescado un bien de primera necesidad? Ginecólogos de Ñuble ¿Es la atención de un parto de primera necesidad?

Se extrae una muy grave consecuencia para una expresión tan vaga. No tiene justificación. El juez debe graduar la pena según la gravedad del delito en el caso concreto.

3.- Ley “Emilia” o presidio efectivo.

Se propone que las penas sustitutivas de la ley 18.216 queden en suspenso en el primer año.

En el caso concreto, implicaría que **todos los ginecólogos de Ñuble estarían presos por un año al menos y su pena abstracta comenzaría en 7,5 años.**

Es más grave fijar aranceles que matar a la madre. ¿Cómo se explica que si matan a la madre o a la guagua porque actúan con imprudencia temeraria o negligencia culpable (art. 490 y 491 CP) pueden ser sancionados con entre 61 días y 3 años de cárcel y tienen derecho a penas sustitutivas y salidas alternativas, pero si a través de su asociación gremial acuerdan aranceles de referencia, serán acreedores de una pena de entre 7,5 y 10 años y no tendrán derecho a salidas alternativas, ni penas sustitutivas por un año?

Hay **una clara desproporción**, exacerbada por el momento político que se ha creado a partir del caso papeles. La ley no debiera ser promulgada teniendo en mente un caso que en todo caso, no será juzgado por ella, y perdiendo la ecuanimidad para la mayoría de los casos.

PROPUESTAS

⁷ “However, the Section notes that the examples cited in the Draft Bill in support of the proposed prison sentence may rest on a misapprehension of the United States Sentencing Guidelines.” (...) “the Section notes that in the United States, the U.S. Sentencing Guidelines (the “Guidelines”) that guide a judge’s sentencing calculations indicate a recommended base sentence range for criminal antitrust violations of ten to sixteen months. In Canada, recent amendments to the Competition Act provide for a prison sentence of up to fourteen years. However, actual sentences imposed on individuals found to have violated the Competition Act range from several months up to one year.” (...) “In light of the practices in jurisdictions that provide for the imprisonment of individuals convicted of antitrust violations, **the Section respectfully notes that a sentence range of five to ten years may be excessive**”

1.- Ampliar el rango de la pena desde presidio menor en grado medio a presidio mayor en grado mínimo, para permitir al juez graduar adecuadamente la pena en atención a la gravedad del caso y alinearla con otros delitos equivalentes (por ejemplo infracciones al mercado de valores).

2.- Eliminar la agravante relativa a bienes de primera necesidad.

3.- Eliminar la suspensión de penas sustitutivas de la ley 18.216 por el primer año.

PROBLEMAS DE REDACCIÓN QUE SE PUEDEN PRESTAR PARA INTERPRETACIONES MUY INJUSTAS Y POSIBLEMENTE NO QUERIDAS POR EL LEGISLADOR:

--Respeto al principio *non bis in ídem*

Existe un principio básico del derecho: Nadie puede ser juzgado y sancionado dos veces por el mismo hecho.

Proyecto de Ley actual: Artículo Segundo.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Penal: (...) 2) Agréganse los siguientes artículos 286 bis, 286 ter y 286 quáter: “Art. 286 quáter.- *Las investigaciones de hecho constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis sólo podrán ser iniciadas por querella de la Fiscalía Nacional Económica. El querellante ejercerá los derechos de la víctima, de conformidad al Código Procesal Penal.*”

Si los hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis pudieren ser sancionados con las medidas contempladas en el artículo 26 del decreto con fuerza de ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, el Fiscal Nacional Económico podrá, discrecionalmente, interponer la respectiva querella y/o presentar requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

En caso de que el Fiscal Nacional Económico decidiera interponer querella en relación con hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis y presentar requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, deberá hacerlo simultáneamente una vez terminada la investigación respectiva. (...)”.

El sentido del artículo es permitir al FNE decidir la sede, pero la redacción es ambigua y conviene zanjar el tema antes que se convierta en materia de discusión el día de mañana.

RECOMENDACIÓN:

Debe aclararse que la facultad del FNE de interponer requerimiento o querrela contra una persona natural se agota cuando ejerce su acción penal o ante el TDLC.

2.- Exigencia de dolo en proporcionar culpablemente información falsa.

El literal h) del artículo 39, sanciona a aquellos que proporcionen culpablemente información falsa. A nuestro juicio, el término culpable no modifica la regla general de exigencia de dolo en los delitos. La culpabilidad es un elemento del delito distinto del dolo y la culpa, y que dice relación con la reprochabilidad de la conducta en el caso particular.

Sin embargo, su empleo en forma inadecuada, se presta para confusiones. Así, se podrían generar problemas al momento de entregar información solicitada por la FNE, pues casi ningún ejecutivo se encuentra en condiciones de asegurar que la información que entrega es 100% fidedigna, dado que normalmente ésta es una recopilación de antecedentes provenientes de diversas fuentes. En razón de lo anterior, si hay dudas sobre si el delito es culposo o no, se puede producir un desincentivo a la entrega de la información, pues nadie se querrá hacer responsable de entregar información por temor a inculparse por mera negligencia o descuido. El estándar debe ser dolo, como todos los delitos.

PROPUESTA

i.- Eliminar la incorporación de esta sanción o

ii.- Limitarla claramente a un actuar doloso, eliminando el término “culpablemente” o reemplazarlo por “dolosamente”.

5.- INTERLOCKING.

a.- El proyecto incorpora un nuevo literal d) al artículo 3 que contiene una figura de interlocking horizontal per se.

i.- El TDLC se ha encontrado siempre facultado (bajo los términos amplios del artículo 3) para sancionar conductas de interlocking que afecten o puedan afectar la libre competencia.

ii.- El proyecto sanciona una conducta que per se no es mala: genera un aprovechamiento de know how; fiscalización de la inversión; favorece a emprendimientos.

iii.- La única limitación que contiene el proyecto es que debe de tratarse de empresas que tengan ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario.

PROPUESTAS:

i.- **Eliminar el literal d) del artículo 3,** toda vez que el TDLC ya se encuentra facultado para actuar en estos casos.

ii.- **En subsidio se propone:**

1.- **Subir umbral para empresas.** Sobre 10US\$ MM (Control de fusiones: 14 MM)

2.- **Crear umbral de ventas competitivas.** Ej.: 5% ventas +100.000 UF

3.- **Limitar a Ejecutivos Principales.**

4.- **Establecer excepciones.** No aplica a:

a) Competidores del mismo grupo empresarial.

b) Exportadores + 80% ventas.

c) Director independiente en SA abiertas. Ej.: AFP.

d) Joint Ventures: revisarlo por control de fusiones.

5.- **Transitoriedad.**

a) Desde aprobado el balance en la Junta o por el Directorio.

b) Clayton Act: 1 año desde que se produce la causal.

-- Sometida a votación la idea de legislar en la materia, el proyecto fue aprobado en general por la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señor Tuma (Presidente), señora Pérez y señores Moreira y Pizarro. (Unanimidad, 4x0).

TEXTO DEL PROYECTO

En mérito del acuerdo precedentemente expuesto, vuestra Comisión de Economía os propone aprobar el proyecto despachado por la Cámara de Diputados, cuyo tenor es el siguiente:

PROYECTO DE LEY:

“Artículo 1º.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el decreto ley N°211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción:

1. Modifícase el inciso segundo del artículo 3º en el siguiente sentido:

a) Reemplázase la letra a) por la siguiente:

“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.”.

b) Agrégase la siguiente letra d):

“d) La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario.”.

2. Agrégase el siguiente artículo 3º bis:

“Artículo 3º bis.- Podrán también aplicarse las medidas del artículo 26 de esta ley, así como aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias, a quienes:

a) Infrinjan el deber de notificación que establece el artículo 48.

b) Contravengan el deber de no perfeccionar una operación de concentración notificada a la Fiscalía Nacional Económica y que se encuentre suspendida de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.

c) Incumplan las medidas con que se haya aprobado una operación de concentración, al tenor de lo dispuesto en los artículos 54, 57 o 31 bis, según sea el caso.

d) Perfeccionen una operación de concentración en contra de lo dispuesto en la resolución o sentencia que haya prohibido dicha operación, de conformidad a lo establecido en los artículos 57 o 31 bis, según corresponda.

e) Notifiquen una operación de concentración, de conformidad al Título IV, entregando información falsa.”.

3. Modifícase el artículo 6° en el siguiente sentido:

a) En la letra a) elimínase la frase “, que lo presidirá,” entre las palabras “Un abogado” y “designado por el Presidente de la República”.

b) Intercálase el siguiente inciso sexto, pasando el actual sexto a ser séptimo:

“El tribunal determinará, de entre sus miembros abogados, por mayoría simple a su presidente, quien durará dos años en el cargo.”.

c) Reemplázase su inciso octavo por el siguiente:

“Los integrantes del Tribunal tendrán dedicación exclusiva en el desempeño de su cargo durante el período para el cual fueron nombrados. En consecuencia, no podrán prestar servicios de ningún tipo a personas naturales o jurídicas, o ejercer en cualquier forma aquellas actividades propias del título o calidad profesional que poseen.”.

d) Sustitúyese su inciso noveno por el siguiente:

“Los ministros suplentes no tendrán dedicación exclusiva. Sin embargo, el desempeño de su cargo es incompatible con la condición de asesor o prestador de servicios profesionales en materias que digan relación a la libre competencia a personas naturales o jurídicas sometidas a la jurisdicción del Tribunal. Se considerará que asesora o presta servicios profesionales si percibe cualquier clase de remuneración, honorario o regalía de parte de personas naturales o jurídicas que asesoran o prestan servicios profesionales en dichas materias.”.

e) Reemplázase su inciso décimo por el siguiente:

“No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, el desempeño como integrante del Tribunal será compatible con los cargos docentes, hasta por doce horas semanales.”.

f) Suprímese el inciso undécimo.

4. Modifícase el artículo 11 en el siguiente sentido:

a) Reemplázase en su inciso segundo la letra b) por la siguiente:

“b) Haya asesorado o prestado servicios profesionales a personas naturales o jurídicas que tengan la calidad de parte o interviniente en la causa, durante los dos años anteriores a la fecha de ingreso de aquella o

durante la investigación por parte de la Fiscalía Nacional Económica que la haya originado.”.

b) Modifícase su inciso tercero en la siguiente forma:

i. Reemplázase la frase “octavo, noveno y décimo” por “octavo y noveno”.

ii. Reemplázase la expresión “la existencia de” por las palabras “haber tenido”.

iii. Intercálase entre la palabra “coordinadas” y el punto aparte, que pasa a ser seguido, la siguiente frase “dentro de los dos años anteriores a la fecha en que le corresponda conocer del asunto”.

c) Reemplázase su inciso cuarto por el siguiente:

“Asimismo, será causal de recusación que el ministro haya asesorado o prestado servicios profesionales a personas naturales o jurídicas que hayan tenido, en los dos años anteriores a la fecha de ingreso de la causa en cuestión, la calidad de contraparte de las personas a que se refiere la letra b) del inciso segundo de este artículo, en algún proceso judicial o de negociación comercial, que pueda afectar la imparcialidad del ministro.”.

5. Reemplázase en el artículo 11 bis la frase “las incompatibilidades establecidas en el artículo 6°” por “lo establecido en los incisos octavo y noveno del artículo 6°”.

6. Sustitúyese en el artículo 12 la letra e) por la siguiente:

“e) No cumplir lo dispuesto en los incisos octavo y noveno del artículo 6°.”.

7. Modifícase el artículo 18 en el siguiente sentido:

a) Sustitúyese el numeral 2) por el siguiente:

“2) Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos;”.

b) Intercálase en el numeral 4), entre la palabra “competitivas” y el punto y coma, las siguientes oraciones: “En todo caso, el ministro receptor de la propuesta deberá manifestar su parecer sobre ésta. La respuesta será publicada en el sitio electrónico institucional del Tribunal, de la Fiscalía y del Ministerio de que se trate”, y elimínase la conjunción final “y”.

c) Intercálanse los siguientes numerales 5) y 6), pasando el actual numeral 5) a ser 7):

“5) Substanciar, a solicitud exclusiva del notificante de una operación de concentración, el procedimiento de revisión especial de operaciones de concentración, cuando éstas hubieren sido prohibidas por el Fiscal Nacional Económico conforme a lo establecido en el artículo 57;

6) Dictar los autos acordados que sean necesarios para una adecuada administración de justicia de conformidad a la ley; y”.

8. Modifícase el artículo 20 del siguiente modo:

a) Reemplázase en su inciso quinto la frase “medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar” por “multas que se impongan para sancionar”.

b) Sustitúyese en su inciso sexto la frase “medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar” por “multas que se impongan para sancionar”.

9. Intercálase en el artículo 21 el siguiente inciso segundo nuevo, pasando el actual segundo a ser inciso tercero y así sucesivamente:

“Se podrá notificar a las filiales, coligadas o agencias constituidas en Chile de una empresa extranjera, los requerimientos o demandas que se deduzcan en su contra por infracciones de esta ley, careciendo de valor cualquier limitación estatutaria de dicha filial, coligada o agencia.”.

10. Reemplázase el inciso quinto del artículo 22 por el siguiente:

“No se decretará término probatorio extraordinario para rendir prueba fuera de la Región Metropolitana de Santiago, sino cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia declare que existe motivo fundado para la práctica de la diligencia probatoria fuera de la Región Metropolitana.

2. Que la parte que solicita el término probatorio extraordinario acredite estar impedida de rendir la prueba ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

3. Que, dentro del plazo de cinco días, la parte que solicita el término probatorio extraordinario consigne la suma que determine el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para cubrir los gastos que la realización de las diligencias de prueba significará a las otras partes del juicio.

Estas diligencias podrán ser conducidas a través del juez de letras correspondiente, quien garantizará su fidelidad y rápida expedición por cualquier medio idóneo.”.

11. Modifícase el artículo 26 del modo que sigue:

a) Modifícase la letra c) en el siguiente sentido:

i. Reemplázase la frase “a veinte mil unidades tributarias anuales y, en el caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3°, hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales.”, por “al doble del beneficio económico reportado por la infracción, o hasta por el 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos y/o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido.”.

ii. Agrégase antes de la expresión “Las multas podrán” la siguiente oración: “En el evento de que no sea posible determinar el beneficio económico obtenido por el infractor ni sus ventas, el Tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales.”.

iii. Sustitúyese la expresión “Ley de Mercado de Valores” por “ley N°18.045, de Mercado de Valores”.

iv. Reemplázase su párrafo segundo por el siguiente:

“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; la necesidad de que la sanción sea efectivamente disuasiva; la calidad de reincidente y la capacidad económica del infractor, y para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación;”.

b) Agréganse las siguientes letras d) y e):

“d) En el caso de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3°, podrá imponer, además, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, hasta por el plazo de cinco años contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada;”.

e) En el caso de la conducta prevista en la letra a) del artículo 3° bis, podrá aplicar una multa a beneficio fiscal de hasta veinte unidades tributarias anuales por cada día de retardo contado desde el perfeccionamiento de la operación de concentración.”.

12. Reemplázase el artículo 30 por el siguiente:

“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 ese mismo Tribunal y se tramitará de acuerdo al 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, 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.”.

13. Reemplázase en el inciso primero del artículo 31 la expresión “números 2) y 3)” por “números 2), 3) y 4)”.

14. Agrégase el siguiente artículo 31 bis:

“Artículo 31° bis.- El ejercicio de la atribución contemplada en el número 5) del artículo 18 se someterá al siguiente procedimiento.

Interpuesto el recurso que establece el inciso final del artículo 57, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ordenará al Fiscal Nacional Económico remitir el expediente en que obre la investigación en que se hubiere pronunciado la resolución recurrida, y citará a una audiencia pública en la que podrán intervenir la parte recurrente, el Fiscal Nacional Económico y quienes hubieren aportado antecedentes a la investigación en virtud de lo establecido en el inciso segundo del artículo 55.

En base a los antecedentes que obren en el expediente de investigación, a lo que expongan los intervinientes en la audiencia de la que trata el inciso anterior y a los demás antecedentes que recabe de oficio o a petición de parte, el Tribunal dictará una sentencia confirmando o revocando la resolución recurrida.

En el caso que la sentencia revoque la resolución recurrida, el Tribunal, en la misma sentencia, podrá aprobar la operación de concentración en forma pura y simple o sujeta a las últimas medidas ofrecidas por el notificante de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 53. Adicionalmente, podrá el Tribunal aprobar la operación bajo la condición de que se dé cumplimiento a otras medidas que considere adecuadas y suficientes.

En contra de la sentencia que pronuncie el Tribunal en virtud de lo establecido en este artículo no procederá recurso alguno, a menos que aquella hubiere condicionado la aprobación de la operación al cumplimiento de medidas distintas de las contempladas en la última propuesta realizada por las partes de conformidad a lo establecido en el inciso tercero del artículo 53. En este último caso, tanto las partes como el Fiscal Nacional Económico podrán deducir el recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27.

15. Modifícase el artículo 32 en el siguiente sentido:

a) Intercálase en su inciso primero, entre el vocablo “Competencia” y la expresión “, no acarrearán”, la frase “, o de acuerdo con las resoluciones de la Fiscalía Nacional Económica para el caso de las operaciones de concentración”.

b) Reemplázase su inciso segundo por el siguiente:

“En todo caso, ni los ministros que concurrieren a la decisión, ni el Fiscal Nacional Económico, según correspondiere, se entenderán inhabilitados para los nuevos pronunciamientos que eventualmente tuvieron lugar.”.

16. Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 39:

a) Modifícase la letra a) de la siguiente forma:

i. Sustitúyese en su párrafo final el punto y coma por un punto aparte.

ii. Agrégase el siguiente párrafo final:

“En todos los demás casos, los afectados tendrán acceso al expediente de la investigación que se siga en su contra, sin perjuicio de aquellas piezas declaradas reservadas o confidenciales, de conformidad a lo dispuesto en esta letra y en el artículo 42;”.

b) Suprímese en el párrafo primero de letra b) la frase “Exceptúanse las investigaciones criminales y causas de esa naturaleza.”.

c) Reemplázase la letra d) por la siguiente:

“d) Velar por el cumplimiento de sus propias resoluciones en las materias a que se refiere el Título IV de esta ley, así como de los fallos y decisiones que dicten el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los tribunales de justicia en las materias a que se refiere esta ley;”.

d) Modifícase la letra h) en el siguiente sentido:

i. En su párrafo final reemplázase el punto y coma por un punto aparte.

ii. Agréganse los siguientes párrafos cuarto y quinto:

“Quienes oculten información que les haya sido solicitada o proporcionen culpablemente información falsa en el contexto de una investigación seguida de conformidad a esta ley incurrirán en la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio. Para la aplicación de dichas penas, el Fiscal Nacional Económico remitirá los antecedentes respectivos al Ministerio Público. Esta comunicación tendrá el carácter de denuncia para los efectos del artículo 53 del Código Procesal Penal.

Quienes estén obligados a dar respuesta a las solicitudes de información efectuadas por el Fiscal Nacional Económico e injustificadamente no respondan o respondan sólo parcialmente, serán sancionados con una multa a beneficio fiscal de una unidad tributaria mensual a una unidad tributaria anual, además de una multa de cero coma dos unidades tributarias mensuales por cada día de atraso, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 39 ter, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 42;”.

e) Modifícase la letra j) en el siguiente sentido:

i. Sustitúyense las palabras “por escrito” por la frase “por cualquier medio que garantice su fidelidad, según lo determine la Fiscalía Nacional Económica”.

ii. Reemplázase el punto y coma por un punto aparte.

iii. Agrégase el siguiente párrafo final:

“Quienes injustificadamente no comparezcan a declarar habiendo sido previamente citados en conformidad a esta letra serán sancionados con una multa a beneficio fiscal de una unidad tributaria mensual a una unidad tributaria anual, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 39 ter, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 42;”.

f) Modifícase la letra n) en el siguiente sentido:

i. Agrégase en su párrafo primero entre las expresiones “Ministro de la Corte de Apelaciones” y “que corresponda”, los vocablos “de Santiago”.

ii. Intercálase un párrafo séptimo nuevo, pasando los actuales séptimo y octavo a ser octavo y noveno respectivamente:

“Acogido a tramitación el reclamo, se citará a la audiencia respectiva para el quinto día hábil. A la audiencia deberán comparecer los afectados y la Fiscalía Nacional Económica, debidamente representados, con todos los antecedentes o medios de prueba con los que cuenten para fundar sus respectivas posiciones. El reclamo deberá ser interpuesto dentro del plazo de diez días corridos desde que aparezca o se acredite que quien deba reclamar tuvo o debió tener conocimiento del vicio o defecto que funda el reclamo. Los afectados deberán reclamar en un único acto de todos los incumplimientos relativos a una misma diligencia investigativa o actuación. Como medida para mejor resolver, el Ministro de Corte de Apelaciones podrá decretar de oficio o a petición de parte todas las medidas que estime convenientes. De la decisión del Ministro podrá apelarse para ante la Corte de Apelaciones de Santiago, dentro de quinto día. La apelación se conocerá con preferencia a otros asuntos, sin que proceda la suspensión de la vista de la causa por la causal del N° 5 del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil. En contra de la sentencia que resuelva la apelación no procederá recurso alguno.”.

g) Sustitúyese en el párrafo séptimo, que pasa a ser octavo, la expresión “el Tribunal” por “los Tribunales”.

h) Modifícase la letra ñ) de la siguiente forma:

i. Intercálase en su párrafo segundo entre la oración “partes comparecientes al acuerdo” y el punto seguido la frase siguiente: “, así como el parecer de quienes tengan interés legítimo. Se presumirá que tienen interés legítimo el Servicio Nacional del Consumidor y las asociaciones de consumidores establecidas en la ley N°19.496”.

ii. Reemplázase en su párrafo segundo la expresión “, y” por un punto y coma.

i) Intercálanse las siguientes letras o), p), q) y r), nuevas, pasando la o) a ser s):

“o) Recibir las notificaciones a que se refiere el artículo 48 y someterlas al procedimiento contemplado en el Título IV de esta ley;

p) Realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados, en cuyo caso podrá ejercer las facultades contempladas en las letras f), g), h), j), k), l) y m) de este artículo y efectuar recomendaciones a órganos del Estado y agentes económicos. El órgano del Estado receptor deberá manifestar su parecer respecto de la propuesta. La respuesta será publicada en los sitios electrónicos de la Fiscalía Nacional Económica y del órgano de que se trate.

En el ejercicio de las facultades contempladas en las letras h) y j) de este artículo, las personas naturales y los representantes de personas jurídicas a los que el Fiscal Nacional Económico pudiere irrogar perjuicio a sus intereses, podrán solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dejar sin efecto total o parcialmente el respectivo requerimiento en la forma establecida en los párrafos segundo y tercero de la letra h);

q) Proponer fundadamente al Presidente de la República, a través del ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales o reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas. Este tipo de proposiciones tendrán siempre como antecedente una investigación o un estudio sobre la evolución competitiva de los mercados;

r) Dictar instrucciones a las que habrá de sujetarse el ejercicio de las atribuciones y el cumplimiento de los deberes acerca de los que trata este artículo, y”.

17. Modifícase el artículo 39 bis en el siguiente sentido:

a) Reemplázase su inciso primero por el siguiente:

“Artículo 39° bis.- El que intervenga en alguna de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° podrá ser eximido de la disolución contemplada en la letra b) del artículo 26 y obtener una exención o reducción de la multa a que se refiere la letra c) de dicho artículo, en su caso, cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.”.

b) Reemplázase en su inciso segundo la expresión “el ejecutor de” por “quien intervenga en”.

c) Sustitúyese el número 2 por el siguiente:

“2.- Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud, salvo que la Fiscalía autorice expresamente su divulgación, y”.

d) Sustitúyese en su inciso tercero la frase “Para acceder a la exención de la multa, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso anterior, el ejecutor de” por “Para acceder a la exención de la disolución o multa, en su caso, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso anterior, quien intervenga en”.

e) Reemplázase su inciso cuarto por el siguiente:

“Para acceder a una reducción de la multa, además deberá cumplir los requisitos señalados en el inciso segundo, quien intervenga en la conducta deberá aportar antecedentes adicionales a los presentados por el primero que haya acompañado antecedentes a la Fiscalía en virtud de este artículo. En todo caso, la rebaja de la multa que solicite el Fiscal en su requerimiento se limitará exclusivamente al segundo que haya aportado antecedentes y no podrá ser superior al 50% de la multa que de otro modo habría sido solicitada.”.

f) Reemplázase su inciso quinto por el siguiente:

“En su requerimiento el Fiscal individualizará a cada interviniente en la conducta que haya cumplido con los requisitos para acceder a cualquiera de los beneficios a que se refiere el inciso primero. Si el Tribunal diere por acreditada la conducta, no podrá aplicar la disolución o multa a quien haya sido individualizado como beneficiario de una exención, como tampoco una multa mayor a la solicitada por el Fiscal a quien haya sido individualizado como acreedor de una reducción de la misma, salvo que se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella.”.

g) Agrégase el siguiente inciso final:

“La solicitud de los beneficios contemplados en este artículo no tendrá el carácter de información o hecho esencial para los efectos de lo dispuesto en los artículos 9° y 10 de la ley N°18.045. En ningún caso este régimen de exenciones o reducciones podrá extenderse a la indemnización de los perjuicios que tuvieron lugar.”.

18. Agrégase el siguiente artículo 39 ter:

“Artículo 39° ter.- Para efectos de aplicar la multa establecida en las letras h) y j) del artículo 39 y determinar su monto, o en su caso, desestimar su aplicación, el Tribunal tomará conocimiento de la solicitud presentada por el Fiscal Nacional Económico en una sola audiencia, convocada especialmente al efecto, dentro del quinto día hábil de recibida, durante la cual el o los afectados por la solicitud podrán exponer sus descargos. El Tribunal acogerá o rechazará la solicitud del Fiscal Nacional Económico y, de ser procedente, fijará el monto de la multa en la misma audiencia. En este caso, solo procederá el recurso de reposición, el que

deberá ser interpuesto en el acto. En cuanto a la ejecución de estas resoluciones se estará a lo dispuesto en el artículo 28.

La circunstancia de haber concurrido a la decisión en el marco de este procedimiento no será causal de inhabilidad de los ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para conocer de un eventual proceso.”.

19. Modifícase el artículo 42 en el siguiente sentido:

a) Reemplázanse en su inciso segundo las palabras “de el” por el vocablo “del”.

b) Sustitúyese en su inciso tercero las expresiones “a), g), h) y n) del artículo 39” por “a), g), h), n), o), p) y q) del artículo 39”.

20. Agrégase el siguiente Título IV:

“TÍTULO IV

De las Operaciones de Concentración

Artículo 46°.- Se sujetarán a las normas establecidas en este Título las operaciones de concentración que le sean notificadas a la Fiscalía Nacional Económica según lo prescrito en los artículos siguientes.

Artículo 47°.- Se entenderá por operación de concentración todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos previamente independientes entre sí dejen de serlo, en cualquier ámbito de sus actividades. Deberán notificarse a la Fiscalía Nacional Económica en forma previa a su perfeccionamiento las operaciones de concentración que, cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 48, involucren a dos o más agentes económicos que, no formando parte de un mismo grupo empresarial:

a) Se fusionen, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la misma;

b) Uno o más de ellos adquiera, directa o indirectamente, derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro;

c) Se asocien bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellas, que desempeñe sus funciones de forma permanente; o

d) Uno o más de ellos adquiera el control sobre los activos de otro, a cualquier título.

Para los efectos de lo dispuesto en este Título, se entenderá por agente económico toda entidad, o parte de ella, cualquiera que sea su forma de organización jurídica o aun cuando carezca de ella, que demande u ofrezca productos o servicios. Se considerará asimismo como un agente

económico al conjunto de activos tangibles o intangibles, o ambos, que permitan ofrecer o demandar bienes o servicios.

Artículo 48°.- Deberán notificarse a la Fiscalía Nacional Económica, en forma previa a su perfeccionamiento, las operaciones de concentración que cumplan con los siguientes requisitos copulativos:

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 verifica la notificación, montos iguales o superiores al umbral establecido mediante reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

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 verifica la notificación, por montos iguales o superiores al umbral establecido mediante reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Para los efectos de lo dispuesto en este artículo, las ventas se calcularán de la siguiente manera:

i. Tratándose de las hipótesis contempladas en las letras a) y c) del artículo 47, se sumarán las ventas en Chile de los agentes económicos que se fusionan o que se asocian, y las de sus respectivos grupos empresariales.

ii. Tratándose de la hipótesis contemplada en la letra b) del artículo 47, se sumarán las ventas en Chile del agente económico que adquiere la influencia decisiva, las de todo su grupo empresarial y las del o los agentes económicos adquiridos.

iii. Tratándose de la hipótesis contemplada en la letra d) del artículo 47, se sumarán las ventas en Chile del o los agentes económicos adquirentes, las de sus respectivos grupos empresariales, y aquellas generadas con los activos adquiridos.

Para efectos de lo establecido en este artículo, se deducirán de las ventas los impuestos, las ventas que hayan tenido lugar entre agentes de un mismo grupo empresarial, aquellas que no provengan de la explotación del giro habitual de el o los agentes económicos considerados, y las demás que señale el reglamento, en la forma que en él se determinen.

Estarán obligados a practicar la notificación de la que trata este artículo conjuntamente los agentes económicos que hayan tomado parte en la operación de concentración.

A la notificación deberán acompañarse los antecedentes necesarios para identificar la operación de que se trata y a los agentes económicos que toman parte en la misma y su grupo empresarial; los antecedentes que permitan evaluar preliminarmente los eventuales riesgos que la operación notificada pudiere significar para la libre competencia; la declaración de las partes en la que indiquen que, de buena fe, pretenden

llevar a cabo la operación que se notifica, y los demás antecedentes que detalle el reglamento.

Quienes notifiquen la operación deberán poner en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica los hechos, actos o convenciones que modifiquen en cualquier forma los antecedentes, estimaciones, proyecciones o conclusiones que hubieren proporcionado, tan pronto como tales hechos, actos o convenciones lleguen a su conocimiento. En caso que la modificación que los notificantes pongan en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica resulte significativa, el Fiscal Nacional Económico dictará una resolución declarando lo anterior, a partir de la cual los plazos del procedimiento comenzarán a contabilizarse como si se tratase de una nueva notificación.

El reglamento podrá contemplar un mecanismo de notificación simplificada, que requiera del notificante acompañar una menor cantidad de antecedentes para ciertas operaciones o categorías de operaciones de concentración.

Las operaciones de concentración que no igualen o superen los umbrales referidos en las letras a) y b) de este artículo podrán ser notificadas en forma voluntaria por los agentes económicos que proyectan concentrarse. Las notificaciones voluntarias se sujetarán a las mismas reglas que las obligatorias, en la medida que la operación no se haya perfeccionado al momento de la notificación.

Cuando las operaciones de concentración a que se refiere el inciso anterior no le sean notificadas voluntariamente al Fiscal Nacional Económico, éste podrá, dentro del plazo de un año contado desde el perfeccionamiento de la operación, instruir las investigaciones que estime procedentes de conformidad con la letra a) del artículo 39.

El reglamento del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo que establezca los umbrales deberá dictarse a través de un procedimiento público y transparente, previo informe de la Fiscalía Nacional Económica y consulta al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, procurando que los umbrales comprendan sólo aquellas operaciones de concentración que sean relevantes para el sistema.

La Fiscalía Nacional Económica deberá informar anualmente, tanto al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo como al público en general, los antecedentes que sean necesarios para adecuar los umbrales vigentes a fin de garantizar el correcto funcionamiento del sistema.

Artículo 49°.- Los agentes económicos que proyecten concentrarse no podrán perfeccionar las operaciones de concentración que hubieren notificado a la Fiscalía Nacional Económica, las que se entenderán suspendidas desde el acto de su notificación hasta que se encuentre a firme la resolución o sentencia que ponga término definitivo al procedimiento correspondiente.

Artículo 50°.- Recibida la notificación de una operación de concentración, la Fiscalía Nacional Económica tomará conocimiento de esta y procederá a evaluarla en conformidad al siguiente procedimiento.

Notificada una operación de concentración de acuerdo con lo establecido en el artículo 48, el Fiscal Nacional Económico contará con diez días para determinar si se trata de una notificación completa, entendiéndose por tal aquella que cumpla con todos los requisitos que para practicarla establezcan esta ley y su reglamento.

Tratándose de una notificación completa, el Fiscal Nacional Económico ordenará el inicio de la investigación y comunicará la resolución al notificante. Si el Fiscal no hubiere efectuado dicha comunicación dentro del plazo establecido en el inciso anterior, la investigación se entenderá iniciada, de pleno derecho, el día del vencimiento del plazo.

Tratándose de una notificación incompleta, el Fiscal Nacional Económico comunicará dicha circunstancia al notificante dentro del plazo establecido en el inciso segundo. La comunicación identificará los errores u omisiones de la notificación. El notificante contará con diez días para subsanar los errores u omisiones identificados por el Fiscal en su comunicación. Si el notificante no subsanare los errores u omisiones dentro del plazo establecido, o si solo lo hiciere parcialmente, la notificación se tendrá por no presentada. Si los errores y omisiones fueren subsanados en tiempo y forma, se procederá de acuerdo a lo establecido en el inciso tercero de este artículo.

Artículo 51°.- La resolución que ordene el inicio de la investigación será publicada resguardando la información confidencial de los notificantes.

Artículo 52°.- En el curso de las investigaciones iniciadas en conformidad con el artículo anterior, el Fiscal Nacional Económico podrá ejercer las facultades que le confieren las letras f), g), h), j), k), l) y m) del artículo 39.

Artículo 53°.- El notificante podrá siempre solicitar al Fiscal Nacional Económico que le suministre información respecto del curso de la investigación, y tendrá derecho a que le informe, antes de que dicte alguna de las resoluciones contempladas en los artículos 54 o 57, de los riesgos que la operación notificada pueda producir para la libre competencia basado en los antecedentes de la investigación.

El notificante siempre tendrá derecho a ser oído, y podrá manifestar al Fiscal Nacional Económico su opinión respecto de la operación de concentración notificada, de los antecedentes aportados por terceros a la investigación, de la investigación misma y de la información que le hubiere sido suministrada de conformidad al inciso anterior. El notificante podrá proponer las diligencias investigativas que estime pertinentes.

Asimismo, para efectos de lo establecido en la letra b) de los artículos 54 y 57, el notificante tendrá siempre derecho a ofrecer al Fiscal Nacional Económico las medidas que estime aptas para mitigar aquellos riesgos que la operación notificada pudiere producir para la libre

competencia. Las medidas deberán ser ofrecidas por escrito y no constituirán, en caso alguno, un reconocimiento de la existencia de los riesgos que a través de ellas se pretenden mitigar.

Con el fin de determinar si las medidas ofrecidas por los notificantes se hacen cargo de resolver los riesgos para la competencia derivados de la operación de concentración, así como sus posibles efectos sobre el mercado, el Fiscal Nacional Económico podrá ponerlas en conocimiento de terceros interesados.

Artículo 54°.- Dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se haya dictado la resolución de inicio del procedimiento a que alude el artículo 50, el Fiscal Nacional Económico deberá:

a) Aprobar la operación notificada en forma pura y simple, si es que llegare a la convicción que la operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia;

b) Aprobar la operación notificada, a condición de que se dé cumplimiento a las medidas ofrecidas por el notificante, si es que llegare a la convicción de que, sujetándose la operación a tales medidas, no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia, o

c) Extender la investigación hasta por un máximo de noventa días adicionales, mediante resolución fundada, cuando estime que la operación notificada, de perfeccionarse en forma pura y simple o sujeta a las medidas ofrecidas por el notificante, en su caso, puede reducir sustancialmente la competencia.

Cumplido el plazo establecido sin que el Fiscal Nacional Económico hubiere tomado alguna de las tres decisiones señaladas, se entenderá que ha aprobado la operación de que se trata. La autorización se considerará en los términos ofrecidos por el notificante, incluyendo las medidas que éste hubiere propuesto.

Artículo 55°.- Las resoluciones dictadas en conformidad a lo establecido en el artículo anterior serán comunicadas al notificante dentro del mismo plazo establecido para su dictación. Adicionalmente, la Fiscalía Nacional Económica publicará la resolución o una versión pública de la misma en el sitio electrónico institucional.

Tratándose de la resolución contemplada en la letra c) del artículo anterior, la Fiscalía Nacional Económica deberá comunicar el hecho de su dictación y acompañar su texto o la versión pública del mismo, a las autoridades directamente concernidas y a los agentes económicos que puedan tener interés en la operación. Quienes recibieren tal comunicación, así como cualquier tercero interesado en la operación de concentración, incluyendo proveedores, competidores, clientes o consumidores, podrán aportar antecedentes a la investigación dentro de los veinte días siguientes a la publicación, en el sitio electrónico institucional, de la resolución que ordene su extensión.

El expediente será público a partir de la publicación a que hace referencia el inciso anterior. Ello, sin perjuicio de que el Fiscal Nacional Económico pueda disponer, de oficio o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales en conformidad a lo dispuesto en el párrafo tercero de la letra a) del artículo 39. Quienes soliciten la reserva o confidencialidad de los antecedentes presentados deberán acompañar versiones públicas de los mismos. Cuando el Fiscal Nacional Económico decrete de oficio la reserva o confidencialidad de los antecedentes, podrá requerir al aportante que acompañe versiones públicas de éstos.

Artículo 56°.- Extendida la investigación en virtud de lo dispuesto en la letra c) del artículo 54, el Fiscal Nacional Económico podrá ejercer las facultades contempladas en el artículo 52.

Artículo 57°.- Dentro del plazo establecido en la resolución que ordene extender la investigación, el Fiscal Nacional Económico deberá:

a) Aprobar la operación notificada en forma pura y simple, si es que llegare a la convicción de que la operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia;

b) Aprobar la operación notificada, a condición de que se dé cumplimiento a las medidas ofrecidas por el notificante, si es que llegare a la convicción de que, sujetándose a tales medidas, la operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia, o

c) Prohibir la operación notificada, cuando concluya que la misma cuenta con aptitud para reducir sustancialmente la competencia.

Cumplido el plazo establecido en la resolución que ordene extender la investigación sin que el Fiscal Nacional Económico hubiere tomado alguna de las tres decisiones señaladas, se entenderá que ha aprobado la operación de que se trata. La autorización se considerará en los términos ofrecidos por el notificante, incluyendo las medidas que éste hubiere propuesto.

En contra de la resolución del Fiscal Nacional Económico que prohíba una operación, el notificante podrá promover ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dentro del plazo de diez días contado desde la notificación de la referida resolución, un recurso de revisión especial, que deberá ser fundado.

Artículo 58°.- Mediante resolución fundada, el Fiscal Nacional Económico podrá ordenar el archivo de los antecedentes, poniendo término al procedimiento de que trata este Título, cualquiera que sea el estado en que se encuentre, cuando el notificante se hubiere desistido de su notificación o cuando la hubiere abandonado.

Se entenderá desistida la notificación cuando el notificante lo comunique por escrito al Fiscal Nacional Económico.

Se entenderá abandonada la notificación cuando en dos o más ocasiones, durante el curso de la investigación, el notificante no hubiere respondido en tiempo y forma a los requerimientos de información que hubiere hecho, conforme a la ley, el Fiscal Nacional Económico, o cuando en dos o más ocasiones él o sus representantes legales no hubieren concurrido a declarar, habiéndoseles citado de conformidad a la ley.

Artículo 59°.- Los plazos de días establecidos en este Título serán de días hábiles, entendiéndose por tales todos aquellos que no sean sábados, domingos o festivos.

Artículo 60°.- Los plazos establecidos en los incisos primeros de los artículos 54 y 57 no se suspenderán salvo en los casos contemplados en este artículo.

De común acuerdo, el Fiscal Nacional Económico y el notificante podrán suspender hasta por una vez cada plazo referido en el inciso anterior. El primero de ellos podrá suspenderse hasta por treinta días y el segundo, hasta por sesenta días. Estos acuerdos de suspensión deberán constar por escrito.

Se suspenderán asimismo los plazos señalados en el inciso primero cuando el notificante ofrezca medidas de acuerdo con lo establecido en el inciso tercero del artículo 53. El plazo contemplado en el inciso primero del artículo 54 o el establecido en el inciso primero del artículo 57 se suspenderá hasta por un plazo máximo de diez o quince días, respectivamente.”.

Artículo 2°.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Penal:

1) Reemplázase el epígrafe del párrafo 7 del Título VI del Libro Segundo por el siguiente:

“De los delitos relativos a la industria, al comercio, a la libre competencia y a las subastas públicas”.

2) Agréganse los siguientes artículos 286 bis, 286 ter y 286 quáter:

“Art. 286 bis. Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo quien celebre, implemente, ejecute u organice acuerdos, convenciones, contratos o convenios que involucren a dos o más competidores entre sí, persiguiendo cualquiera de los propósitos siguientes:

1°. Fijar el precio al que sean ofrecidos o demandados bienes o servicios en uno o más mercados.

2°. Limitar la producción o provisión de bienes o servicios.

3°. Dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de un mercado de bienes o servicios.

4°. Afectar el resultado de licitaciones públicas o privadas convocadas por órganos de la administración del Estado, por empresas públicas creadas por ley, por empresas en las que el Estado tenga participación o en las que el Estado haya aportado subvenciones o fondos públicos destinados a la adquisición del objeto de la licitación.

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

La pena establecida en el inciso primero llevará siempre consigo la de inhabilitación absoluta para desempeñar cargos u oficios públicos, cargos de director o gerente en empresas del Estado, cargos de director o gerente en sociedades anónimas abiertas, así como cualquier cargo directivo en asociaciones gremiales, empresariales o de consumidores, partidos políticos o colegios profesionales, por un plazo de cinco años contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

Respecto del delito previsto en este artículo será aplicable lo dispuesto en la ley N°18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva 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 sentenciado.

Art. 286 ter. Estará exento de responsabilidad criminal por los delitos establecidos en los artículos 285 y 286 bis el que primero hubiere aportado antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica y accedido así a los beneficios establecidos en el inciso tercero del artículo 39 bis del decreto ley N°211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

Art. 286 quáter. Las investigaciones de hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis sólo podrán ser iniciadas por querrella de la Fiscalía Nacional Económica. Una vez iniciada la investigación, las víctimas podrán ejercer sus derechos como querellante, de conformidad al Código Procesal Penal.

Si los hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis pudieren ser sancionados con las medidas contempladas en el artículo 26 del decreto ley N°211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, el Fiscal Nacional Económico podrá, discrecionalmente, interponer la respectiva querrella y, o presentar requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

En caso de que el Fiscal Nacional Económico decida interponer querrella en relación con hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis y presentar requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, deberá hacerlo simultáneamente una vez terminada la investigación respectiva.

El Ministerio Público informará a la Fiscalía Nacional Económica, en el menor plazo posible, los antecedentes de que tome conocimiento con ocasión de las investigaciones de hechos constitutivos de otros delitos que pudieren relacionarse con el contemplado en el artículo 286 bis.

Si no se hubieren proporcionado los antecedentes sobre este delito, la Fiscalía Nacional Económica los solicitará al fiscal del Ministerio Público que tenga a su cargo el caso, con la sola finalidad de decidir si interpondrá querrela. De rechazarse la solicitud, la Fiscalía Nacional Económica podrá concurrir ante el respectivo juez de garantía, quien decidirá la cuestión mediante resolución fundada.”.

Artículo 3°.- Intercálase en el artículo 51 de la ley N°19.496, que Establece Normas Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, el siguiente inciso segundo, nuevo, pasando el actual a ser inciso tercero y así sucesivamente:

“No obstante lo dispuesto en el artículo 30 del decreto ley N°211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, y sin perjuicio de las acciones individuales que procedan, la acción de indemnización de perjuicios que se ejerza ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con ocasión de infracciones a dicho cuerpo normativo declaradas por una sentencia definitiva ejecutoriada, podrá tramitarse por el procedimiento establecido en este párrafo, cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores. No será necesario que los legitimados activos señalados en el numeral 1 del inciso siguiente se hayan hecho parte en el procedimiento que dio lugar a la sentencia condenatoria.”.

Disposiciones transitorias

Artículo primero.- La presente ley entrará en vigencia una vez publicada en el Diario Oficial, con excepción de la modificación contemplada en el numeral 17) del artículo 1° que introduce el Título IV De las Operaciones de Concentración, y de las normas relacionadas con él, las que regirán a partir del primer día del mes siguiente a que se encuentre totalmente tramitada la normativa reglamentaria estrictamente necesaria para su aplicación.

La modificación contemplada en la letra b) del número 1) del artículo 1° que agrega la letra d) al artículo 3°, entrará en vigencia transcurridos doce meses contados desde la fecha de publicación de esta ley.

Artículo segundo.- El Presidente de la República dentro del plazo de noventa días contados desde la fecha de publicación de esta ley, mediante uno o más decretos expedidos a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, dictará la reglamentación necesaria para la aplicación de esta ley.

Artículo tercero.- Quienes se encuentren desempeñando los cargos de integrante del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a la

época de entrada en vigencia de esta ley, continuarán rigiéndose por las normas vigentes a la época de su designación.

Artículo cuarto.- El mayor gasto fiscal que irroque la aplicación de esta ley durante su primer año presupuestario de vigencia, se financiará con cargo al presupuesto de la Fiscalía Nacional Económica, y en lo que faltare, con cargo a los recursos de la partida presupuestaria Tesoro Público, de la ley de Presupuestos del Sector Público.”.

Acordado en sesiones celebradas los días 18 y 23 noviembre, y 14, 16 y 21 diciembre de 2015, con la asistencia de los Honorables Senadores señor Eugenio Tuma Zedán (Presidente), señora Lily Pérez San Martín y señores Iván Moreira Barros, Alejandro Navarro Brain y Jorge Pizarro Soto.

Sala de la Comisión, a 22 de diciembre de 2015.

PEDRO FADIC RUIZ
Abogado Secretario de las Comisiones

RESUMEN EJECUTIVO

INFORME DE LA COMISIÓN DE ECONOMÍA recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia.

BOLETÍN N° 9.950-03.

I.- PRINCIPALES OBJETIVOS Y CONTENIDO DEL PROYECTO PROPUESTO POR LA COMISIÓN:

a) OBJETIVOS DEL PROYECTO: De acuerdo al Mensaje, la finalidad del proyecto es perfeccionar la institucionalidad de defensa de la libre competencia. Para ello, propone dotarla de los más altos estándares que permitan conciliar el legítimo interés de todos los actores que se desempeñan en los mercados, permitiendo que en ellos rija una competencia libre, basada en los méritos, y que maximice los beneficios de competidores y consumidores por la vía de prevenir, corregir y sancionar adecuadamente los atentados a la libre competencia.

b) CONTENIDO DEL PROYECTO:

1. Reformas en materia de colusión

- a. Aumento del monto máximo de las multas
- b. Prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la Administración del Estado
- c. Fortalecimiento de la delación compensada
- d. Eliminación de la exigencia de que el acuerdo o la práctica concertada confieran poder de mercado para sancionar ilícitos de colusión y ajuste del tipo infraccional de colusión a las hipótesis de los denominados “carteles duros”
- e. Criminalización de la colusión

2. Control preventivo y obligatorio de fusiones u operaciones de concentración

- a. Inclusión de un régimen específico de control de operaciones de concentración en la Ley de Defensa de la Libre Competencia
- b. Definición de qué operaciones están sujetas al control de operaciones de concentración e incorporación de un sistema claro de notificación de dichas operaciones
- c. Establecimiento de un procedimiento eficiente, transparente, previsible y colaborativo para el análisis de las operaciones de concentración
- d. Adopción de un estándar sustantivo en virtud del cual las operaciones de concentración serán analizadas
- e. Presencia de herramientas de aplicación y sanciones adecuadas para garantizar la eficacia del régimen de control de operaciones de concentración

3. Mejores herramientas para evaluar la competencia en los mercados y solucionar fallas de mercado o fallas regulatorias

- a. Nueva facultad de la Fiscalía Nacional Económica para realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados
- b. Traspaso de la facultad de efectuar recomendaciones de modificación normativa desde el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a la Fiscalía Nacional Económica

4. Aplicación de las acciones y el procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, consagradas en la ley N° 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, para reclamar indemnizaciones de perjuicios con motivo de infracciones a la libre competencia

5. Sanciones para quienes entorpezcan las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica. Bajo la ley vigente no existen

6. Ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

- a. Dedicación exclusiva de los ministros titulares del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
- b. Ajustes en normas sobre incompatibilidad de los ministros suplentes

7. Otras modificaciones

- a. Potestad consultiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
- b. Prescripción de multas e imprescriptibilidad de medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar un atentado a la libre competencia
- c. Procedencia del recurso de reclamación en contra de informes emitidos por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
- d. Aumento de derechos para los investigados por la Fiscalía Nacional Económica
- e. Regulación del procedimiento de reclamo contemplado en el literal n) del artículo 39 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia
- f. Eficacia de los acuerdos extrajudiciales respecto de terceros

II. ACUERDO: Aprobado en general (**UNANIMIDAD. 4X0**).

III. ESTRUCTURA DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN: El proyecto consta de tres artículos permanentes y cuatro artículos transitorios.

--El artículo 1° introduce diversas modificaciones en el decreto ley N° 211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, sobre defensa de la libre competencia.

--El artículo 2° introduce modificaciones en el Código Penal.

--El artículo 3° introduce modificaciones a la ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores.

IV. NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL: El artículo 1°, números 3; 4; 5; 6; 7; 12; inciso final del nuevo artículo 31 bis incorporado por el numeral 14; letra f) y párrafo segundo de la letra p) incorporada por la letra i), ambos del número 16; 18 e inciso final del artículo 57 incorporado por el número 20, y el

artículo primero transitorio, son normas de carácter orgánico constitucional.

V. URGENCIA: Suma urgencia.

VI. ORIGEN INICIATIVA:

VII. TRÁMITE CONSTITUCIONAL: Segundo trámite.

VIII. INICIO TRAMITACIÓN EN EL SENADO: La iniciativa ingresó a tramitación en el Senado con fecha 17 de noviembre de 2015, pasando a las Comisiones de Economía, de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y a la de Hacienda, en su caso.

Posteriormente, con fecha 15 de diciembre de 2015, la Sala acordó que el proyecto sea considerado en general sólo por Comisión de Economía, y, luego, en la discusión en particular, por las Comisiones de Economía, de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y a la de Hacienda.

IX. TRÁMITE REGLAMENTARIO: Primer informe.

X. LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:

-Decreto ley N° 211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, sobre defensa de la libre competencia.

-El Código Penal.

-La ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores.

Valparaíso, a 22 de diciembre de 2015.

PEDRO FADIC RUIZ
Abogado Secretario de las Comisiones

ÍNDICE

CONSIDERACIONES GENERALES Y ASISTENCIA.....1

OBJETIVOS DEL PROYECTO4

ANTECEDENTES5

-JURÍDICOS (5)
-DE HECHO – MENSAJE (6)

DISCUSIÓN GENERAL27

Sesión de 23 de noviembre de 2015. 27

-Ministro de Economía, Fomento y Turismo, señor Luis Felipe Céspedes, y
-Fiscal Nacional Económico, señor Felipe Irrázabal.

Sesión de 14 de diciembre de 2015.34

-CONADECUS (34),
-ODECU (39),
-Confederación de la Producción y el Comercio (CPC) (42),
-Profesor señor Crispulo Marmolejo (48) y
-Economista señor Claudio Díaz (55).

Sesión de 16 de diciembre de 201560

-Fiscal Nacional Económico, señor Felipe Irrázabal. (60)
-Abogado y ex integrante permanente del TDLC, señor Radoslav Depolo (72)
y
-Profesor Renzo Arata (79).

Sesión 21 de diciembre 2015.86

-Fiscalía Nacional, Ministerio Público (86);
-Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (94);
-Sociedad Fomento Fabril (SOFOFA) (100);
-Economista señor Aldo González (108);
-Abogados y profesores señores Juan Pablo Hermosilla (114); Juan Pablo Mañalich (118); Cristóbal Caviedes (120), y Juan Cristóbal Gumucio (127).

Aprobación en general 141

Proyecto de ley142