

MENSAJE DE S.E. LA PRESIDENTA
DE LA REPUBLICA CON EL QUE
INICIA UN PROYECTO DE LEY 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.

Santiago, 16 de marzo de 2015.

M E N S A J E N° 009-363/

Honorable Cámara de Diputados:

A S.E. EL
PRESIDENTE
DE LA H.
CÁMARA DE
DIPUTADOS.

Tengo el honor de someter a vuestra consideración un proyecto de ley 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.

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 Excma. 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 Excma. 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 Excma. Corte Suprema, la multa debe implicar al infractor al menos un costo mayor al beneficio esperado de haber infringido la ley (Sentencia de la Excma. 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 querrela 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 querrela 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 querrela 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 pudiere 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 Excm. 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 3° 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 prevenir, 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 Excma. 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.

En mérito de lo expuesto someto a la consideración el siguiente

P R O Y E C T O D E L E Y:

“Artículo primero.- Introdúzcanse las siguientes modificaciones al 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:

1) Reemplázase en el literal a) del artículo 3° la frase “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.” por la siguiente, “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.”.

2) Agrégase el siguiente artículo 3° bis, nuevo:

“Artículo 3° bis.- Podrán también aplicarse las medidas del artículo 26 de la presente 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 de la presente ley;

b) Contravengan el deber de no perfeccionar una operación de concentración notificada a la Fiscalía Nacional Económica y que se encontrare suspendida de acuerdo con lo establecido en el artículo 49 de la presente ley;

c) Incumplan las medidas con que se hubiere aprobado una operación de concentración, al tenor de lo dispuesto en los artículos 54, 57 o 31 bis de la presente ley, según sea el caso; o

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

3) Modifícase el artículo 6° en el siguiente sentido:

a) 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.”.

b) 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 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.”.

c) 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 12 horas semanales.”.

d) Derógase 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 aquélla 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 la siguiente “octavo y noveno”.

ii) Reemplázase la expresión “la existencia de” por la siguiente “haber tenido”.

iii) Intercálase entre la palabra “coordinadas” y el punto aparte (.) la 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 expresión “las incompatibilidades establecidas en el artículo 6°”, por la frase “lo establecido en los incisos octavo y noveno del artículo 6°”.

6) Modifícase el artículo 12 en el siguiente sentido:

a) Suprímase la letra e) de su inciso primero.

b) En su inciso segundo, reemplázase la expresión “letras c), d) y e)”, por la frase “letras c) y d)”.

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 en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, distintos a 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 la presente ley, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos;".

b) Reemplázase el numeral 4) por el siguiente:

"4) 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 de la presente ley;".

c) Intercálase el siguiente numeral 5) nuevo, pasando el actual numeral 5) a ser numeral 6):

"5) Dictar los autos acordados que sean necesarios para una adecuada administración de justicia de conformidad a la ley; y".

8) Modifícase el artículo 20 en el siguiente sentido:

a) Reemplázase en su inciso quinto, la frase "medidas que se determinen" por "multas que se impongan".

b) Sustitúyese en su inciso sexto, la expresión "medidas que se determinen" por "multas que se impongan".

9) Modifícase el inciso segundo del artículo 26 en el siguiente sentido:

a) Modifícase el literal c) de la siguiente forma:

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 la siguiente frase: "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".

ii) Sustitúyese la expresión "Ley de Mercado de Valores", por "ley N° 18.045".

iii) Reemplázase el punto final (.) por punto y coma (;).

b) Agréganse los siguientes literales d) y e), nuevos:

"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 del Estado hasta por el plazo de 5 años contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada; y

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 20 unidades tributarias anuales por cada día de retardo contado desde el perfeccionamiento de la operación de concentración."

10) Intercálase en el inciso segundo del artículo 31, entre la frase "sea que fijen o no condiciones" y la expresión ", sólo", la siguiente frase "y los informes".

11) Agrégase el siguiente artículo 31 bis nuevo:

"Artículo 31 bis.- El ejercicio de la atribución contemplada en el numeral 4) del artículo 18, se someterá al siguiente procedimiento:

Interpuesto el recurso que establece el inciso final del artículo 57 de la presente ley, 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 de la presente ley.

En base a los antecedentes que obren en el expediente de investigación, aquello que expongan los intervinientes en la audiencia de la que trata el inciso anterior y 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 condición de que se dé cumplimiento a las medidas que determine de conformidad a la ley.

En contra de la sentencia que pronuncie el Tribunal en virtud de lo establecido en este artículo no procederá recurso alguno."

12) Modifícase el artículo 32 en el siguiente sentido:

a) Intercálase en su inciso primero, entre la palabra "Competencia" y la expresión ", no acarrearán", la siguiente 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 tuvieran lugar.”.

13) Modifíquese el artículo 39, en el siguiente sentido:

a) Modifícase el literal a) de la siguiente forma:

i) Reemplázase en su párrafo final, el punto y coma (;) por punto aparte (.).

ii) Agrégase el siguiente párrafo final, nuevo:

“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 el artículo 42;”.

b) Elimínase en el párrafo primero del literal b), la frase “Exceptúanse las investigaciones criminales y causas de esa naturaleza.”.

c) Reemplázase el literal d) por el siguiente:

“d) Velar por el cumplimiento de sus propias resoluciones en las materias a que se refiere el Título IV de la presente 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 el literal h) en el siguiente sentido:

i) En su párrafo final, reemplázase el punto y coma (;) por punto aparte (.).

ii) Agréganse los siguientes párrafos quinto y final, nuevos:

“Quienes proporcionen 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, teniendo esa comunicación 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 0,2 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 el literal j) en el siguiente sentido:

i) Reemplázase el punto y coma (;) por punto aparte (.).

ii) Agrégase el siguiente párrafo final, nuevo:

"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 el literal n) en el siguiente sentido:

i) Intercálase en su párrafo primero, entre la frase "Ministro de la Corte de Apelaciones" y "que corresponda", la siguiente frase "de Santiago".

ii) Intercálase un nuevo párrafo séptimo, 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 10 días corridos desde la fecha en que el afectado haya tomado 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, apelación que se conocerá con preferencia a otros asuntos, no procediendo 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 el recurso de apelación no procederá recurso alguno.”.

g) Modifícase el literal ñ) de la siguiente forma:

i) Intercálase en su párrafo segundo, entre las frases “comparecieron al acuerdo” y “y en su contra sólo”, la siguiente: “, producirán efectos respecto de terceros en caso de aprobar el acuerdo”.

ii) Reemplázase en su párrafo segundo la expresión “, y” por punto y coma (;).

h) Intercálanse los siguientes literales o), p), q) y r), nuevos, pasando el actual literal o) a ser literal s):

“o) Recibir las notificaciones a que se refiere el artículo 48 y someterlas al procedimiento contemplado en el Título IV de la presente 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;

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”.

14) Modifícase el artículo 39 bis en el siguiente sentido:

a) Reemplázase su inciso primero por el siguiente:

“Artículo 39 bis.- El que ejecute una conducta prevista en la letra a) del artículo 3° podrá ser eximido de la disolución contemplada en la letra b) del artículo 26, obtener una exención o reducción de la multa contemplada en la letra c) del precitado artículo y/o acceder a una exención o reducción de la prohibición contemplada en la letra d) del mismo 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) Sustitúyase en su inciso tercero la frase “Para acceder a la exención de la multa” por la siguiente frase: “Para acceder a la exención de la disolución, multa o prohibición, en su caso”

c) Reemplázase su inciso cuarto por el siguiente:

“Para acceder a una reducción de la multa y/o de la prohibición, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso segundo, el ejecutor de la conducta deberá aportar antecedentes adicionales a los presentados por quienes hayan previamente acompañado antecedentes a la Fiscalía en virtud de este artículo.”.

d) Reemplázase su inciso quinto por el siguiente:

“En su requerimiento el Fiscal individualizará a cada ejecutor de la conducta que cumplió 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, multa o prohibición a quien haya sido individualizado como acreedor de una exención, como tampoco una multa o prohibición mayor a la solicitada por el Fiscal a quien haya sido individualizado como acreedor de una reducción de las mismas, 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.”.

e) Agrégase el siguiente inciso final, nuevo:

“La solicitud de los beneficios contemplados en el presente 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.”.

15) Agrégase el siguiente artículo 39 ter, nuevo:

“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, dentro de la misma audiencia, procediendo, en este caso, solo recurso de reposición 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.”.

16) Modifícase el artículo 42 en el siguiente sentido:

a) Reemplázase en su inciso segundo la expresión “de el”, por la palabra “del”.

b) Reemplázase en su inciso tercero, la frase “especialmente, aquellos obtenidos en virtud de las facultades indicadas en letras a), g), h) y n) del artículo 39”, por la siguiente: “especialmente, aquellos obtenidos en virtud de las facultades indicadas en las letras a), g), h), n), o), p) y q) del artículo 39”.

17) Agrégase el siguiente Título IV, nuevo:

“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 de acuerdo con lo prescrito por 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. Se considerarán, entre otros, como cese de la independencia entre dos o más agentes económicos, cuando, no formando parte de un mismo grupo empresarial en los términos del artículo 96 de la ley N° 18.045:

a) Se fusionen en los términos del artículo 99 de la ley N° 18.046, cualquiera 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, control sobre otro, en los términos del artículo 97 de la ley N° 18.045;

c) Se asocien bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico, distinto de ellas; 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 esta ley, se entenderá por agente económico toda entidad, o parte de ella,

cualquiera sea su forma de organización jurídica o aun 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.

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; y

b) Que en Chile, por separado, al menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse hayan generado ventas, durante el ejercicio anterior a aquel en que se 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 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 del agente económico que adquiere el control, 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 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 él o los agentes económicos considerados, y las demás que señale el Reglamento.

Estarán obligados a practicar la notificación de la que trata este artículo los agentes económicos que hayan tomado parte en la operación de concentración. En el caso de activos, dicha obligación corresponderá a las personas titulares de los mismos.

El Reglamento establecerá mecanismos para evitar que, con ocasión de la notificación o del procedimiento al que ésta dé origen, los agentes que proyectan concentrarse compartan entre sí información cuya revelación pueda afectar el desenvolvimiento competitivo de su titular.

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; 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.

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 tales hechos, actos o convenciones lleguen a su conocimiento.

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 los literales a) y b) anteriores podrán ser notificadas en forma voluntaria por los agentes económicos que proyectan concentrarse. 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.

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 1 año contado desde el perfeccionamiento de la operación, instruir las investigaciones que estime procedentes de conformidad con la letra a) del artículo 39.

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 la misma, procediendo 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 5 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 notificación 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 los que adolezca la notificación. El notificante contará con 5 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, así como el expediente que a partir de esta se forme, serán públicos. Lo anterior es 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 de conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero del literal a) del artículo 39. Quienes soliciten la reserva o confidencialidad de los antecedentes presentados deberán acompañar versiones públicas de los mismos. Cuando la reserva o confidencialidad sea decretada de oficio por el Fiscal Nacional Económico, éste podrá solicitar al aportante de los antecedentes que acompañe versiones públicas de estos.

Artículo 52.- En el curso de las investigaciones iniciadas en conformidad al artículo 51 anterior, el Fiscal Nacional Económico podrá ejercer las facultades que le confieren los literales 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, así como de los riesgos que la operación notificada pueda producir para la libre competencia.

El notificante tendrá siempre derecho a ser oído, pudiendo 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.

Artículo 54.- Dentro de los 25 días siguientes a la fecha en que se haya dictado la resolución de inicio del procedimiento a que alude el artículo 50 anterior, 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 o que el Fiscal Nacional Económico estime pertinentes, 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

c) Extender la investigación hasta por un máximo de 90 días adicionales, mediante resolución fundada, cuando estimare 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 en el inciso anterior 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 pura y simple, aun cuando el notificante hubiere ofrecido medidas.

Artículo 55.- Las resoluciones que fueren dictadas en conformidad a lo establecido en el artículo anterior deberán ser 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 su web 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, a juicio del Fiscal Nacional Económico, 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 de las partes de la operación, podrán aportar antecedentes a la investigación dentro de los 20 días siguientes a aquel en que se hubiere dictado la resolución que ordene su extensión.

Artículo 56.- Extendida la investigación de acuerdo con lo dispuesto en la letra c) del artículo 54, el Fiscal Nacional Económico deberá solicitar al notificante la información que requiera para tomar la decisión de la que trata el artículo siguiente.

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 o que el Fiscal Nacional Económico estime pertinentes, 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

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

Las resoluciones señaladas en las letras a) y b) se sujetarán a lo dispuesto en el inciso final del artículo 54.

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 10 días contados desde la notificación de la referida resolución, un recurso de revisión especial, el que deberá ser fundado.

Artículo 58.- Mediante resolución fundada, el Fiscal Nacional Económico podrá ordenar el archivo de los antecedentes, poniendo término al procedimiento del que trata este Título, cualquiera sea el estado en que se encuentre, cuando el notificante se hubiere desistido de su notificación, cuando la hubiere abandonado, o cuando hubieren antecedentes que permitan sospechar fundadamente que la operación notificada se hubiere perfeccionado.

Se entenderá desistida la notificación cuando el notificante así lo hubiere comunicado al Fiscal Nacional Económico, por escrito.

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. Los demás plazos, cuando vengán en días inhábiles, se entenderán prorrogados hasta el primer día hábil siguiente.

Artículo 60.- Los plazos establecidos en los incisos primeros de los artículos 54 y 57 no se suspenderán sino 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 10 días y el segundo hasta por 30 días. Los acuerdos de suspensión de los que trata este artículo 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 final del artículo 53, restando menos de 7 días para el cumplimiento del plazo contemplado en el inciso primero del artículo 54 o menos de 15 días para el cumplimiento del plazo establecido en el inciso primero del artículo 57. En estos casos, el plazo respectivo se suspenderá por una sola vez hasta por un plazo máximo de 5 días.”.

Artículo Segundo.- Introdúzcanse las siguientes modificaciones en el Código Penal:

1) Reemplázase el epígrafe del párrafo 7 del Título VI del Libro II del Código Penal, 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, nuevos:

“Art. 286 bis.- Será castigado con la pena de reclusión 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.

La pena establecida en el inciso anterior llevará siempre consigo la pena 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.

Art. 286 ter.- 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 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973.

Art. 286 quáter.- Las investigaciones de hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis sólo podrán ser iniciadas por querrela 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 querrela y/o presentar requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

La circunstancia de haberse iniciado procedimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por requerimiento del Fiscal Nacional Económico, no será impedimento para que éste pueda interponer querrela en relación con hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis.

El Ministerio Público informará a la Fiscalía Nacional Económica, en el menor plazo posible, los antecedentes de que tomare conocimiento con ocasión de las investigaciones de hechos constitutivos de otros delitos que pudieren relacionarse con el delito 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 tuviere 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.".

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

"No obstante lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, y sin perjuicio de las acciones individuales que procedan, la acción de indemnización de perjuicios que se ejerza 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 transitorio.- La presente ley entrará en vigencia una vez publicada en el Diario Oficial, salvo la modificación contemplada en el numeral 17) del artículo primero que introduce el Título IV De las Operaciones de Concentración, el cual, junto con las demás normas que digan relación con él, regirá a partir del primer día del mes siguiente a que se encuentre totalmente tramitada la normativa reglamentaria que sea estrictamente necesaria para su aplicación.

Artículo segundo transitorio.- 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 que sea necesaria para la aplicación de esta ley.

Artículo tercero transitorio.- Quienes se encuentren desempeñando el cargo 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 transitorio.- El mayor gasto fiscal que irroque la aplicación de esta ley durante su primer año 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.".

Dios guarde a V.E.,

MICHELLE BACHELET JERIA
Presidenta de la República

ALBERTO ARENAS DE MESA
Ministro de Hacienda

LUIS FELIPE CÉSPEDES CIFUENTES
Ministro de Economía,
Fomento y Turismo

JOSÉ ANTONIO GÓMEZ URRUTIA
Ministro de Justicia



Ministerio de Hacienda
Dirección de Presupuestos
Reg. 186/XX
I.F. N° 032 - 16/03/2015

Informe Financiero
Proyecto de ley que modifica el D.F.L. 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.
Mensaje N° 009-363

I. Antecedentes Generales

En lo fundamental el proyecto de ley perfecciona las herramientas para el combate de conductas anticompetitivas, buscando disuadir efectivamente la participación de personas naturales en dichos actos.

a) Respecto de sanciones en materias de dichas conductas se propone:

- Establecer un tipo penal especial para casos de colusión contemplados en el Código Penal, con una pena privativa de libertad que va desde 5 años y 1 día, a 10 años, la que corresponde a reclusión mayor en su grado mínimo, y una pena accesorio de inhabilitación absoluta para desempeñar cargos u oficios que se señalan, por un plazo de cinco años contados desde que la sentencia definitiva quedare ejecutoriada.
- Extiende la exención de responsabilidad derivada de la delación compensada a la responsabilidad criminal, operando únicamente en beneficio del primer delator.
- Establece un límite máximo flexible para las multas aplicables por el TDLC, tanto a la colusión como al resto de las conductas anticompetitivas, cuyo monto máximo podrá ascender 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, hasta el 30% de las ventas del infractor correspondientes al período durante el cual la infracción se haya prolongado.
- Dada la gravedad de las conductas de colusión, se propone introducir 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.
- Finalmente, propone la eliminación de la exigencia de que el acuerdo o la práctica concertada confieran poder de mercado para sancionar ilícitos de colusión.



Ministerio de Hacienda
Dirección de Presupuestos
Reg. 186/XX
I.F. N° 032 - 16/03/2015

- b) Se avanza hacia un sistema de control de operaciones de concentración de carácter híbrido, estableciendo un control preventivo y obligatorio de fusiones u operaciones de concentración en los casos que dichas acciones sobrepasen ciertos umbrales monetarios, a definirse en un reglamento, y bajo dicho umbral la Fiscalía Nacional Económica (FNE) tendrá la posibilidad de investigarlas hasta 1 año después que éstas se hayan perfeccionado.

En el caso en que la operación sea aprobada con condiciones, o rechazada por la FNE, las partes pueden reclamar ante el TDLC en el caso en que se sientan perjudicadas con la decisión de la FNE. La intervención de la Corte Suprema queda limitada al recurso de queja, que opera en forma excepcional para el caso que el TDLC cometa faltas o abusos graves.

- c) Respecto de mejoras institucionales y procedimentales, en lo principal, se propone dotar a la FNE de la facultad de proponer la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios 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, y se propone la dedicación exclusiva de los Ministros Titulares del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

II. Efecto del Proyecto sobre el Presupuesto Fiscal

Si bien es posible que la aplicación de la modificación señalada en la letra b) del número anterior genere una mayor actividad en la FNE, definir por ejemplo, el número adicional de contrataciones requeridas para enfrentarla no es posible en esta instancia. Lo anterior al considerar que el reglamento determinará el umbral sobre el cual será obligatorio informar fusiones, y ese evento más decisiones económicas de privados, no predecibles, determinará el número de operaciones de concentración que deberá revisar la Fiscalía.

Como antecedente complementario se debe señalar que el Ministerio de Economía informó que durante 2014 la Fiscalía participó en la revisión de 15 de estos procesos, por lo que se cuenta con capacidades instaladas para enfrentar inicialmente estas tareas.

En el primer año de vigencia de la ley, de establecerse una demanda que supere la productividad de la Fiscalía, el Ministerio de Hacienda podrá suplementar dicho presupuesto con cargo a la Partida Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, y en lo que faltare con cargo a la Partida Tesoro Público.

En los años siguientes, el mayor gasto será considerado en las Leyes de Presupuestos de dicha Institución.

