

Oficio N° 8 -2016

INFORME PROYECTO DE LEY 3-2016

Antecedente: **Boletín N° 9950-03.**

Santiago, 22 de enero de 2016.

Mediante Oficio N° 992/E-2016, de fecha 19 de enero de 2016, el Presidente de la Comisión de Economía del Senado, don Eugenio Tuma Zedán, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 77, incisos segundo y siguientes de la Constitución Política de la República, y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a esta Corte el proyecto de ley -iniciado por Mensaje- que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, que a su vez fija normas para la defensa de la libre competencia; a efectos de que ésta emita su opinión sobre el nuevo artículo 4° (Boletín N° 9950-03).

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión del día de hoy, presidida por el suscrito y con la asistencia de los ministros señores Milton Juica Arancibia, Sergio Muñoz Gajardo, Patricio Valdés Aldunate, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Carlos Künsemüller Lobenfelder, Haroldo Brito Cruz y Guillermo Silva Gundelach, señoras Rosa María Maggi Ducommun, Rosa Egnem Saldías y María Eugenia Sandoval Gouët, señor Ricardo Blanco Herrera, señora Gloria Ana Chevesich Ruiz, señor Carlos Aránguiz Zúñiga, señora Andrea Muñoz Sánchez, señores Carlos Cerda Fernández, Manuel Valderrama Rebolledo y Jorge Dahm Oyarzún, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

**AL SEÑOR PRESIDENTE
EUGENIO TUMA ZEDÁN
COMISIÓN DE ECONOMÍA
H. SENADO
VALPARAÍSO**

“Santiago, veintidós de enero de dos mil dieciséis.

Visto y teniendo presente:

Primero: Que mediante oficio N° 992/E-2016, de fecha 19 de enero de 2016, el Presidente de la Comisión de Economía del Senado, don Eugenio Tuma Zedán, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 77, incisos segundo y siguientes de la Constitución Política de la República, y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a esta Corte el proyecto de ley -iniciado por Mensaje- que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, que a su vez fija normas para la defensa de la libre competencia; a efectos de que ésta emita su opinión sobre el nuevo artículo 4° (Boletín N° 9950-03).

Con fecha 28 de abril de 2015, la Corte Suprema remitió el Oficio N° 52-2015 a la Cámara de Diputados, a través del que informó su opinión sobre el proyecto de ley. En éste se advirtió la introducción de modificaciones e incorporación de textos nuevos con impactos procedimentales y orgánicos sobre el Decreto Ley N° 211, además de la introducción de los artículos 286 bis y 286 quáter nuevos al Código Penal, y la modificación al artículo 51 de la Ley N° 19.496 que establece normas sobre la protección de los derechos de los consumidores.

Posteriormente, el 17 de noviembre de 2015, mediante el Oficio N° 114-2015, la Corte Suprema remitió un segundo informe a la Cámara de Diputados, destacando las diferencias entre el contenido del proyecto de ley original y el que se informaba en esa segunda oportunidad;

Segundo: Que el artículo 4° nuevo del proyecto de ley introduce modificaciones del siguiente tenor al artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales:

“1. Sustitúyese, en el numeral 9°, la letra “y” y la coma (,) que le precede, por un punto y coma (;).

2. Reemplázase al final del numeral 10, el punto aparte por una letra “y” precedida de una coma (,).

3. Agrégase el siguiente numeral 11, nuevo:

“11. Los sancionados en el artículo 286 bis del Código Penal cuando afectaren los mercados chilenos.”;

Tercero: Que al respecto es posible observar que, si bien el artículo propuesto no se encuentra en el texto del proyecto de ley original, su contenido es similar al propuesto en los boletines N° 10366-03 y 6454-07; ambos proyectos informados por esta Corte durante el mes de diciembre del año recién pasado.

El primero de ellos, boletín N° 10366-03, propuso agregar un numeral 11 al artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales, del siguiente tenor: *“11. Los sancionados por el artículo 26° del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973”*. Al respecto, el Pleno de la Corte Suprema informó en esa oportunidad que la iniciativa *“propone modificar el artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales agregando un nuevo numeral. Al explicar el contenido del proyecto, se señala que esto tiene como fin someter a la jurisdicción chilena los delitos del DL N° 211 que hubieren sido perpetrados fuera del territorio de la República, y busca precaver la comisión de estas conductas que, aun cuando sean realizadas fuera de nuestro país, sus efectos anticompetitivos se verifiquen al interior de nuestras fronteras. [En esa materia, y en el contexto de la discusión legislativa, el Fiscal Nacional Económico manifestó] (...) que “la disposición no es necesaria” por ser una materia resuelta “(...) en el sentido que no importa dónde se fragua el cartel, lo que importa es ver los efectos”. [Así,] (...) se concluye que efectivamente los tribunales chilenos tienen la potestad de conocer los atentados en contra de la libre competencia ejecutados o celebrados fuera del territorio nacional y que producen sus efectos en el país, por lo que no se necesitan modificaciones al respecto. [Agregó, asimismo, que] (...) sin embargo, respecto de la facultad de conocer los delitos penales que se introducen y atendido que los crímenes y simples delitos perpetrados fuera de Chile que quedan sometidos a la jurisdicción de los tribunales nacionales se encuentran establecidos en el artículo que se modifica, no resulta objetable la propuesta”*.¹

El segundo, boletín N° 6454-07, propone introducir al artículo 6° de la compilación orgánica, un numeral 11 del siguiente tenor: *“11. Los sancionados en el artículo 3° bis del decreto con fuerza de ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, cuando afecten la*

¹ Corte Suprema. Oficio N° 133-2015. Proyecto de Ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, y otros cuerpos legales, en lo relativo al delito de colusión, Boletín N° 10366-03, Considerandos 5° y 6°, p. 3.

libre competencia en los mercados chilenos". La Corte Suprema, al emitir su opinión sobre este proyecto de ley manifestó que *"la última modificación que se consulta es la que propone introducir un numeral 11 nuevo al texto del artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales, respecto de la cual el texto de la moción indica como justificación que se relaciona con la extraterritorialidad de la ley – penal-, para el caso que la conducta se realice entre empresas en distintos países. [Agregando que sobre] (...) el particular el informe de mayo del año 2009 de la Corte Suprema indicó que "El numeral 11 que se agrega al referido artículo 6 tiene por objeto someter a la jurisdicción de los tribunales chilenos los ilícitos sancionados en el nuevo artículo 3 bis, que el proyecto agrega al D.F.L. (sic) N° 211, cuando sean cometidos fuera del territorio de la República, lo que no merece objeciones". Durante la discusión en particular en la Comisión de Constitución del Senado, la única referencia a la propuesta señalada indica que "Al iniciarse el estudio de esta disposición, se recordó que un número importante de colusiones puede tener su origen en acuerdos que se realizan en el exterior y cuyas consecuencias van a afectar a los mercados chilenos. Por lo mismo, se consideró oportuno que tales ilícitos queden sometidos a la jurisdicción chilena, aun cuando comiencen fuera del territorio de la República". [Manifestando, por último que,] en todo caso, cabe agregar que los tribunales chilenos en la actualidad tienen la potestad para conocer de los atentados contra la libre competencia ejecutados o celebrados fuera del territorio nacional y que producen sus efectos en el país, por lo que no sería necesario establecer expresamente dicha facultad en el texto del Código Orgánico de Tribunales en materia de libre competencia. Sin embargo, considerando que el numeral que se pretende agregar refiere a la facultad para conocer de los delitos penales que se introducen con el proyecto de ley y que los crímenes y simples delitos que quedan sometidos a la jurisdicción de los tribunales nacionales se encuentran precisamente establecidos en el artículo que se pretende modificar, no resulta objetable que se establezca dicha atribución expresamente, limitándolo para el caso que dichos delitos produzcan efectos en el mercado nacional".*²;

Cuarto: Que existiendo variedad de pronunciamiento de esta Corte en relación con el artículo consultado, no queda más que reiterar las reflexiones antes reproducidas, destacándose que la referencia al artículo 286 bis del Código Penal responde a que el proyecto de ley en análisis propone introducir el

² Corte Suprema. Oficio N° 139-2015. Proyecto de Ley que sanciona penalmente la colusión, Boletín N° 6454-07, Considerandos 9° y 10°, pp. 7 y 8.

delito penal de colusión en dicho Código y no en el texto del D.L. N° 211 como sí lo hacen los otros proyectos, y considerándose especialmente positivo el establecimiento de la afectación o producción de efectos en los mercados nacionales, como requisito para que los tribunales chilenos puedan conocer de los delitos contra la libre competencia cometidos en el extranjero; exigencia compartida por la Corte Suprema en todos sus informes;

Quinto: Que si bien el resto del proyecto de ley no ha sido sometido a consulta, se hace necesario -para una adecuada comprensión del mismo o por incidir en materias propias de las atribuciones de los tribunales en los términos del artículo 77 de la Constitución Política de la República-, informar otros artículos conforme a lo que a continuación se señalará. Eso sí, sólo serán objeto de análisis las normas respecto de las cuales se observen diferencias relevantes en comparación a sus versiones anteriores, en razón de haberse informado previamente el proyecto, en dos oportunidades;

Sexto: Que el numeral 3° del artículo 1° introduce importantes modificaciones al contenido del artículo 6° del D.L. N° 211. En efecto, el proyecto introduce un nuevo inciso 1° que señala que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia estará integrado por 5 profesionales universitarios expertos en materias de libre competencia, 3 de los cuales deberán ser abogados y 2 licenciados o con post grados en ciencias económicas. Al respecto, el proyecto propone intercalar un inciso 2° que señala la forma de designación de los ministros del Tribunal, de acuerdo a las siguientes reglas:

- a. 2 integrantes, uno de cada área profesional, serán designados por el Consejo del Banco Central previo concurso público de antecedentes;
- b. 2 integrantes, también uno de cada área profesional, serán designados por el Presidente de la República, a partir de dos nóminas de 3 postulantes, una para cada designación, confeccionadas por el Consejo del Banco Central, también mediante concurso público de antecedentes;
- c. El integrante abogado restante, será designado por el Presidente de la República de una nómina de cinco postulantes confeccionada por la Corte Suprema mediante concurso público de antecedentes.

De la misma manera, se propone intercalar un inciso 6° que disponga que *“El tribunal determinará de entre sus integrantes titulares abogados, por mayoría simple a su presidente, quien durará dos años en el cargo”*;

Séptimo: Que al respecto, no se observan diferencias respecto del procedimiento de nombramiento actualmente vigente para 4 de los 5 integrantes del tribunal, contenido en el literal b) del inciso 1° del artículo 6° del Decreto Ley N° 211, que señala que 2 profesionales, uno de cada área serán designados por el Consejo del Banco Central y, otros 2, por el Presidente de la República de una nómina de 3 postulantes confeccionada por el mismo Consejo, en ambos casos mediante concurso público de antecedentes. Sin embargo, se observa una diferencia que no puede soslayarse respecto del tercer abogado integrante. Actualmente la letra a) del inciso 1° aludido, señala que el tribunal estará integrado por un abogado, que lo presidirá, designado por el Presidente de la República de una nómina de 5 postulantes confeccionada por la Corte Suprema, mediante concurso público de antecedentes, en el que sólo podrán participar quienes tengan una destacada actividad profesional o académica especializada en materias de libre competencia o en Derecho Comercial o Económico, y acrediten a lo menos 10 años de ejercicio profesional;

Octavo: Que del texto propuesto se observa que el Presidente del tribunal será electo por mayoría simple, por los integrantes abogados del mismo, por lo que no se observan razones que justifiquen la diferencia en el nombramiento entre los dos integrantes abogados propuestos por el Consejo del Banco Central en nóminas de tres candidatos y el propuesto en una nómina de cinco candidatos por la Corte Suprema, quien se integrará como un abogado más a la composición del tribunal, sin que la diferencia en el procedimiento de nombramiento tenga mayor incidencia. De la misma forma, extraña la circunstancia de eliminarse los requisitos de trayectoria profesional o académica para el abogado Presidente del tribunal;

Noveno: Que, adicionalmente, no se vislumbra una razón para eliminar la facultad de la Corte Suprema de proponer una nómina para el cargo de abogado Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; hecho que en la actualidad sí justifica la diferencia existente entre el sistema de nombramiento del abogado Presidente y los demás Ministros abogados del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Esta Corte observa con preocupación que paulatinamente se va desdibujando la presencia del Poder Judicial en los sistemas de nombramiento de los magistrados, con una intervención cada vez más secundaria, la que tuvo ocasión de representar en su oportunidad con ocasión del establecimiento en nuestro país de los Tribunales Ambientales. En esta oportunidad se persevera

en la participación incidental de la Corte Suprema, limitándosela a formar una quina de entre los cuales sale el nombre de un integrante del tribunal en referencia, circunstancia que contrasta con la designación directa que tiene asignada el Consejo del Banco Central, organismo que tiene una competencia técnica y un origen político, esto es no jurisdiccional.

De ese modo, se diluye la importancia de la intervención de la Corte Suprema, considerando que únicamente va a incidir en la designación de un integrante de este tribunal quien ya no desempeñará las funciones de Presidente;

Décimo: Que por lo expresado, no puede sino concluirse que la modificación de ley en el aspecto que se analiza va en absoluto desmedro de la jerarquía del Poder Judicial como Poder del Estado, pues deja en evidencia la poca importancia que se asigna al papel de la Corte Suprema en la constitución de un órgano jurisdiccional como es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pese a que ejerce a su respecto la superintendencia directiva, correccional y económica.

Cabe hacer presente, además, que la unidad de jurisdicción llama a velar porque los tribunales especiales, como órganos jurisdiccionales que son, tengan una formación de independencia desde su origen;

Undécimo: Que como un punto adicional y en el evento que se mantenga la determinación mediante la aprobación del proyecto de ley, sería preferible que se excluya a esta Corte Suprema, como a cualquier otro integrante del Poder Judicial de participar en el proceso de designación de los integrantes del llamado Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, tanto por los motivos anteriormente expuestos como por el hecho que, atendidas sus competencias y recursos pertinentes, puede estimarse que constituye únicamente un organismo que ejerce funciones administrativas. En relación a lo mismo, cabe destacar que únicamente dos países en el mundo denominan tribunal a la entidad encargada de supervigilar la libre competencia: Chile y Sudáfrica. En los demás, ese rol es cumplido por un órgano administrativo que ejerce tales competencias, con recurso ante los tribunales ordinarios de justicia;

Duodécimo: Que, de otra parte, el único cambio incorporado al artículo 30 previamente informado, señala que la indemnización de perjuicios propuesta comprenderá todos los daños causados durante el período en que se haya extendido la infracción, por lo que se insiste y reproduce lo observado con anterioridad, en el sentido que *“La regulación actual del artículo 30 tiene un*

contenido similar, pero entrega el conocimiento de la acción de indemnización de perjuicios al tribunal civil competente de conformidad a las reglas generales, y establece que éste fundará su fallo también en los hechos, pero además contempla las conductas y la calificación jurídica de los mismos que haya hecho el TDLC, sin hacer referencia a normas de apreciación de la prueba. [Se agregó en dicha oportunidad también que] La regulación propuesta resulta cuestionable, puesto que los tribunales de letras con competencia en lo civil son los juzgados que normalmente deben conocer y tienen, por tanto, el conocimiento debido para resolver acciones de indemnización de perjuicios, teniendo en cuenta -cuestión que no es menor- que un juzgado de letras siempre estará integrado únicamente por jueces letrados, no así el tribunal especializado en libre competencia, que es de integración mixta. De la misma forma, no se aprecian razones de agilidad en la tramitación o el procedimiento que justifiquen esta medida, puesto que en ambos casos se remite al procedimiento sumario establecido en el Código de Procedimiento Civil. Finalmente, el cambio de competencia pudiera provocar una denegación o entorpecimiento en el acceso a la justicia, puesto que si el ilícito anticompetitivo se produjo en un lugar lejano a la capital del país, luego del procedimiento seguido ante el tribunal especializado con sede en Santiago, la demanda de indemnización de perjuicios podrá interponerse ante el juzgado de letras en lo civil pertinente según las reglas de atribución de competencia territorial, en cambio, de aprobarse el texto propuesto, tanto la totalidad del procedimiento de libre competencia como la posterior búsqueda de indemnización de perjuicios deberán tramitarse obligatoriamente en la ciudad de Santiago, lo que atenta contra el principio de acceso a la Justicia". (Corte Suprema. Oficio N° 124-2015. Proyecto de Ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia, Boletín N° 9950-03, Considerando 16, pp. 9 a 10).

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 18 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar **en los términos precedentemente expuestos** el proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del

Decreto Ley N° 211, de 1973, que a su vez fija normas para la defensa de la libre competencia. Ofíciase.

PL 3-2016”.

Saluda atentamente a V.S.

Hugo Dolmestch Urra
Presidente

Jorge Sáez Martín
Secretario