

Oficio N° 52-2015

INFORME PROYECTO DE LEY 14-2015

Antecedente: Boletín N° 9950-03.

Santiago, 28 de abril de 2015.

Mediante Oficio N° 11.773, el Presidente de la Cámara de Diputados, al tenor de lo dispuesto en los artículos 77, incisos segundo y tercero 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 que modifica que modifica el DFL N° 1 de 2004 del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL 211, de 1973 (Boletín N° 9950-03).

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión del día 24 del presente mes, presidida por el suscrito y con la asistencia de los Ministros señores Hugo Dolmestch Urrea, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Carlos Künsemüller Loebenfelder, Haroldo Brito Cruz y Guillermo Silva Gundelach, señoras Rosa Egnem Saldías y María Eugenia Sandoval Gouët, señores Juan Eduardo Fuentes Belmar, Lamberto Cisternas Rocha y Ricardo Blanco Herrera, señora Gloria Ana Chevesich Ruiz, señor Carlos Aránguiz Zúñiga y señora Andrea Muñoz Sánchez, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

AL SEÑOR PRESIDENTE
MARCO ANTONIO NÚÑEZ LOZANO
H. CÁMARA DE DIPUTADOS
VALPARAÍSO

“Santiago, veintisiete de abril de dos mil quince.

Visto y teniendo presente:

Primero: Que por Oficio N° 11.773, el Presidente de la Cámara de Diputados, al tenor de lo dispuesto en los artículos 77, incisos segundo y tercero 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 que modifica que modifica el DFL N° 1 de 2004 del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL 211, de 1973 (Boletín N° 9950-03);

Segundo: Que el proyecto de ley, iniciado por Mensaje, da cuenta de la necesidad de efectuar ajustes a la normativa sobre libre competencia a fin de prevenir y sancionar adecuadamente en su caso las prácticas anticompetitivas. Se añade que, habiendo demostrado la experiencia que las sanciones y demás medidas actualmente vigentes para el evento de castigar las infracciones a las normas del DL 211 no han evidenciado el poder disuasivo que se esperaba, es que, uno de los ejes de la reforma apunta en la dirección de incrementar las sanciones (Actualmente la máxima en 30 UTM), en lo infraccional, contemplándose una accesoria especial cuando se trate del ilícito de colusión.

Se busca por otra parte facilitar la configuración del ilícito infraccional eliminando el presupuesto de que el acuerdo o práctica confieran poder de mercado.

Con el mismo ánimo disuasivo se estima necesario reponer la criminalización de las conductas anticompetitivas, pero esta vez limitada sólo a la colusión, y se tipifica un delito de esta naturaleza en el nuevo artículo 286 bis del Código Penal, con los elementos que integran este ilícito (Libro II, Título IV, Párrafo 7°. Hasta hoy ha sido posible hacer aplicación de los artículos 285 y 286 del Código Penal en que sanciona con reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales a quienes por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualesquiera otras cosas que fueren objetos de contratación.

En lo que toca al aspecto de la prevención, se fortalece la delación compensada que había resultado ineficaz por cuanto sólo producía efectos

respecto de la multa pero no en cuanto a la sanción penal. El proyecto –además de ampliar el beneficio, incluso a la exención de las multas en los casos descritos en él, modificando el artículo 39 bis-, hace aplicable este beneficio también en materia penal, así como en relación a las otras sanciones que la ley contempla (disolución y/o prohibición de contratar con órganos del Estado). En esta virtud se hace posible entonces acceder a la exención de responsabilidad infraccional, y/o penal, para el que primero entregue información eficiente a la Fiscalía Nacional Económica.

También en el espectro de prevención, se establece un régimen de control preventivo y obligatorio a cargo de la Fiscalía Nacional Económica en relación a los actos de fusiones u operaciones de concentración entre las empresas, esto es, cuando dos o más agentes económicos, previamente independientes, dejan de serlo por la vía de uniones o fusiones de empresas. Este control en la actualidad se concreta en la fase de consulta o sede voluntaria ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC) cuando la operación esté sólo en proyecto, o, por la vía contenciosa cuando la concentración de empresas ya ha operado. A este respecto el Proyecto contempla un nuevo Título IV denominado “De las operaciones de concentración” en que se contienen las modalidades y circunstancias en las que ha de concretarse este control que será obligatorio cuando se alcancen los umbrales de relevancia que determine el respectivo reglamento que dictará el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Si no se superan tales umbrales la notificación de una eventual concentración será voluntaria sin perjuicio de las facultades de la Fiscalía Nacional Económica para investigar. Se establece un procedimiento para llevar a cabo este control y se radica su sustanciación en la Fiscalía Nacional Económica, a través de dos fases de tramitación previo a emitir la resolución respecto del asunto.

Para el evento de incumplimiento de esta normativa relativa a la concentración, el mismo artículo 3° bis hace aplicable las medidas del artículo 26 (sentencia definitiva del TDLC) a las conductas que allí se especifican.

Con ocasión de conceder a la Fiscalía Nacional Económica atribución especial para efectuar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados y así podrá contribuir al desarrollo de mejores políticas públicas en la materia y,

como complemento de ello, es que se le traspasa esa facultad- hoy a cargo del TDLC- de efectuar recomendaciones de modificaciones normativas (legales y reglamentarias);

Tercero: Que el proyecto consta de tres artículos permanentes y cuatro disposiciones transitorias.

El Artículo Primero Permanente introduce una serie de 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, que contiene las normas para la defensa de la libre competencia, particularmente en lo que se refiere a atribuciones y pautas orgánicas del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Fiscalía Nacional Económica; se crea un nuevo procedimiento de control de las operaciones de concentración; se modifica la configuración del ilícito anticompetitivo de colusión; se modifican e incrementan las sanciones aplicables; se fortalece y amplía el ámbito la delación compensada; y se perfeccionan las herramientas de investigación y de control por parte de los entes intervinientes.

El Artículo Segundo Permanente introduce modificaciones al Código Penal, mediante las que se tipifica un nuevo ilícito penal de colusión; se establece una exención de responsabilidad penal para el primero que hubiere aportado antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica acogiendo a los beneficios de la delación compensada; y se determina que las investigaciones de hechos constitutivos del delito penal de colusión sólo podrán ser iniciadas por querrela de la mencionada Fiscalía.

El Artículo Tercero Permanente introduce una modificación en la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, consistente en adicionar un nuevo inciso segundo al artículo 51 del cuerpo legal referido, con el objeto de permitir que las acciones indemnizatorias derivadas de infracciones al DL N° 211 puedan tramitarse mediante el procedimiento de interés colectivo o difuso cuando se vean afectados estos intereses de los consumidores.

El artículo primero transitorio regula la entrada en vigencia de la ley, estableciendo que regirá inmediatamente desde su publicación, salvo las normas relativas al control de operaciones de concentración, cuya entrada en vigencia

quedará diferida hasta la tramitación total de la normativa reglamentaria estrictamente necesaria para su implementación.

El segundo artículo transitorio otorga al Presidente de la República el plazo de 90 días, desde la publicación de la ley, para la dictación de la reglamentación necesaria para su aplicación.

El tercer artículo transitorio establece, para quienes se desempeñen como integrantes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a la época de entrada en vigencia de la ley, la ultra-actividad de las normas vigentes a la época de su designación.

Finalmente, el artículo cuarto transitorio regula el financiamiento del mayor gasto fiscal que irroque la ley durante su primer año de vigencia;

Cuarto: Que el oficio de la Cámara de Diputados no individualiza los preceptos que, en concepto de la Cámara, tienen carácter orgánicos y/o de atribución de competencia y que, en consecuencia, deban ser informados por esta Corte. Sin perjuicio de ello, es dable advertir que en la iniciativa existen modificaciones orgánicas y procedimentales en la modificación e incorporación de nuevos textos 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, que establece normas para la defensa de la libre competencia. Relevante resulta además la introducción de los artículos 286 bis y 286 quáter del Código Penal; así como se evidencia también pertinente abordar la modificación del artículo 51 de la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, disposiciones a las que se hará referencia en el presente informe;

Quinto: Que por la vía de sustituir el inciso octavo del artículo 6° actual, el proyecto de ley en análisis establece la dedicación exclusiva de los integrantes titulares del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de manera que no podrán prestar servicios de ningún tipo a personas naturales o jurídicas, o ejercer en cualquier forma las actividades propias del título o calidad profesional que posean, con excepción del ejercicio de la actividad docente hasta por doce horas semanales (nuevo inciso décimo).

A consecuencia de lo anterior, el proyecto también propone ajustar las causales de inhabilidades, en términos de hacer cesar la competencia de los

ministros que hayan prestado servicios a partes o intervinientes durante los dos años anteriores a la fecha de ingreso de una causa o investigación (nuevo Artículo 11 DL N° 11).

No obstante lo anterior, el proyecto propone liberar a los ministros suplentes de la dedicación exclusiva, pero determinando la incompatibilidad para asesorar o prestar servicios en materias relacionadas con la libre competencia a personas sometidas a la jurisdicción del Tribunal o, a personas que asesoran o prestan servicios profesionales en estas materias (nuevo Artículo 6° DL N° 11).

Esta modificación asimila, en alguna medida, la situación de los jueces del Tribunal de la Libre Competencia al estatuto que rige actualmente, conforme al Código Orgánico de Tribunales, a los jueces en general. Este cuerpo normativo contempla ciertas prohibiciones e incompatibilidades que hasta ahora no alcanzaban a los jueces de dicho tribunal especial. Las medidas recién indicadas parecen adecuadas, dada la importancia pública de la labor que desempeñan los magistrados del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia lo que justifica que concentren toda su atención profesional a la labor jurisdiccional, en especial por el impacto y efectos a nivel país que alcanzan sus decisiones;

Sexto: Que en este proyecto se priva al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de la facultad de efectuar recomendaciones de modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios contrarios a la libre competencia y de efectuar recomendaciones para la dictación de preceptos legales o reglamentarios en función de fomentar la competencia, las que se traspasan a la Fiscalía Nacional Económica (antiguo Artículo 18 N° 4 en relación con el nuevo artículo 39 q) del DL N° 211).

Cabe destacar a este respecto que, en concordancia con uno de los fundamentos entregados para justificar esta modificación se incorporó una nueva letra q) al artículo 39 del DL 211 en que se adiciona, entre las atribuciones y deberes de la Fiscalía Nacional Económica, el relativo a realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados, en cuyo caso podría solicitar todos los antecedentes e información que el mismo artículo le hace disponible.

No obstante los fundamentos expuestos, particularmente en cuanto las recomendaciones normativas de la Fiscalía Nacional Económica podrían tener

justificación en los estudios sobre evolución competitiva, que por estas modificaciones se le encomiendan, no se considera adecuado privar al Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia de dichas atribuciones por cuanto este organismo es el que ejerce la labor propiamente jurisdiccional, dando aplicación vinculante a las normas sobre la materia a la vez que cumple también una labor de análisis de mercado, especialmente en lo que concierne a los informes que le son encomendados en relación a las condiciones de monopolio y de libre competencia en temas de regulación tarifaria y otros de similar envergadura, lo que le hace apto para proponer modificaciones legales y reglamentarias en orden a promover la libre competencia, ello sin perjuicio de permitirse también a la Fiscalía Nacional Económica algún grado de injerencia en materia de recomendaciones en este sentido;

Séptimo: Que se persigue en el proyecto limitar la legitimación activa para iniciar un procedimiento no contencioso de consulta, permitiendo que éste solamente pueda ser iniciado por la Fiscalía Nacional Económica y por quienes sean parte en los hechos, actos o contratos objeto de la consulta, excluyéndose la posibilidad de que se inicie el mismo por quienes tengan interés legítimo, como lo permite la actual norma (nuevo Artículo 18 N° 2 del DL N° 211). Se persigue con ello frenar el intento de otros competidores que busquen entorpecer actos y contratos de determinados agentes económicos mediante el mecanismo de consulta por la vía voluntaria. Se hace expresa reserva en este texto, en orden a que se trata de actos o contratos distintos a los que regula el nuevo título IV que incorpora el proyecto, sobre operaciones de concentración.

Si bien el restar la participación de terceros con interés legítimo a los efectos de iniciar un proceso de consulta produce el efecto descongestionar la labor, más bien preventiva del tribunal, lo cierto es que no priva del todo a los terceros con esas características de poder participar cuando realmente se pueda ver afectado su interés, desde que ello no inhibe que puedan seguir formulando denuncias ante la Fiscalía Nacional Económica para que este ente formule la consulta, previo análisis de los antecedentes, y se inicie así el procedimiento no contencioso aludido. Si bien con ello se logra resguardar que un procedimiento no contencioso de consulta sólo se inicie cuando exista real mérito para ello, calificado por la Fiscalía Nacional Económica, no es menos cierto que la solución para un tercero, con legítimo interés en un pronunciamiento por esta vía se vea retardada, y en ocasiones, resulte ineficaz en la protección de ese interés;

Octavo: Que el proyecto de ley analizado propone otorgar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la facultad de dictar autos acordados para una adecuada administración de justicia (nuevo Artículo 18 N° 5 del DL N° 211).

Sin perjuicio de la facultad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para regular sus asuntos administrativos internos a partir de sus particulares necesidades y conocimientos especializados en la materia, como también de los problemas que se suscitan ante él, cabe tener presente que, si bien los autos acordados de dicho tribunal que el proyecto en estudio propone instaurar no quedarían al amparo del control expreso del Tribunal Constitucional, sí estarían sujetos a la superintendencia económica que ejerce esta Corte Suprema sobre todos los tribunales del país, con arreglo al artículo 82 de la Constitución Política de la República;

Noveno: Que estando incorporados los Informes que corresponde emitir al TDLC integrando las materias a las que resulta aplicable el procedimiento no contencioso regulado en el artículo 31 del DL 211, se contempla en la actualidad que ambos tipos de actuaciones, resoluciones e informes, sean susceptibles del recurso de reposición, reservándose el recurso de reclamación para ante la Corte Suprema sólo para las resoluciones de término. El proyecto modifica el inciso final del artículo en referencia incorporando a los informes como susceptibles también del recurso de reclamación aludido.

Esta Corte Suprema en informes anteriores (Oficio 3 de junio de 2003, AD 195-44) ha hecho presente su disconformidad con asignar esta competencia, netamente administrativa, al TDLC, cuyas decisiones deben enmarcarse en el plano jurisdiccional. Es del caso que el informe, por su naturaleza jurídica, no participa del carácter de resolución judicial susceptible de ser impugnada y de revisión por un Tribunal Superior. Tal como lo ha asentado el Tribunal Constitucional los Informes “revisten el carácter de actos administrativos habilitantes establecidos por el legislador” (sentencia de 7 de septiembre de 2010, autos Rol N° 1448-09), por la vía de disponer que se evacúen, en diversos cuerpos normativos cuando se requiere un dictamen eminentemente técnico, verbigracia, Ley General de Servicios Eléctricos, Ley General de Telecomunicaciones, Ley General de Servicios Sanitarios, etc.

En tales condiciones, no resulta coherente la satisfacción de una exigencia legal, de carácter técnico, con establecer un medio de impugnación

respecto del contenido de ese presupuesto habilitante, para ante un tribunal superior, estrictamente jurisdiccional;

Décimo: Que en cuanto a la modificación del artículo 39 letra ñ) del DL 211, el proyecto de ley analizado pretende extender a terceros los efectos de los acuerdos extrajudiciales celebrados por la Fiscalía Nacional Económica con agentes económicos una vez aprobados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (nuevo Artículo 39 letra ñ) del DL N° 211).

Aunque no es propiamente una disposición orgánica o de atribución de nueva competencia se considera necesario abordar el análisis comparativo con las facultades del Tribunal y alcances de la conciliación que en el procedimiento general puede acordarse ante el TDLC.

Si la conciliación es aprobada por el Tribunal (artículo 22) puede deducirse por personas que no fueron parte de ella, pero admitidas a litigar, el recurso de reclamación para ante la Corte Suprema.

En la modificación a la letra ñ), en su párrafo segundo, se autoriza a la Fiscalía celebrar acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos investigados, estas conciliaciones son conocidas por el TDLC en una sola audiencia, y puede rechazar o aprobar el acuerdo, y al efecto establece la norma actual que ejecutoriada la resolución que se pronuncie sobre dicho acuerdo, será vinculante para los participantes y ahora, por el proyecto, se agrega que la resolución aprobatoria producirá efectos respecto de terceros.

No se especifica el alcance de tales efectos que alcanzarán a terceros, esto es, si sólo cubren el espectro de libre competencia, o comprenden a otros, así como tampoco se contempla la posibilidad de participación de los usuarios y/o de impugnar la resolución aprobatoria que les afectará;

Undécimo: Que en el nuevo Título IV adicionado al DL 211 -que contempla el Control Preventivo y Obligatorio de las fusiones u operaciones de concentración de las empresas, procedimiento aplicable, órgano a cargo del control, y sanciones- el punto central para determinar cuándo esas fusiones o concentraciones atentan contra la libre competencia está dado por la pérdida de independencia de las mismas para proceder en su cometido.

El control preventivo de que se trata se verifica hasta hoy por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por la vía del procedimiento voluntario de la consulta.

El proyecto propone en el nuevo Título IV, artículos 46 a 60 un nuevo sistema de control de concentraciones, a cargo de la Fiscalía Nacional Económica.

Se fija un mecanismo de control preventivo y obligatorio para aquellas operaciones en que los agentes económicos involucrados superen un umbral de ventas definido por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo mediante el Reglamento respectivo. En concreto, lo que establece el proyecto es que aquellas operaciones que superen el umbral referido deberán ser notificadas obligatoriamente por los agentes económicos involucrados, a la Fiscalía Nacional Económica, so pena de aplicársele las medidas del artículo 3 bis, que incluyen las medidas del artículo 26 (nuevos Artículos 3° bis, 47 y 48 del DL N° 211).

No obstante lo anterior, el proyecto también contempla la posibilidad que los agentes económicos involucrados en una operación de concentración que no superen los umbrales definidos, puedan notificar voluntariamente su operación con el objeto de someterse al control de la Fiscalía Nacional Económica, y, eventualmente, para el evento de ser aprobada, evitar que se genere responsabilidad a su respecto (nuevos Artículos 32 y 48 del DL N° 211).

Sin perjuicio de ello, se señala que la Fiscalía Nacional Económica conservará la facultad de instruir las investigaciones que estime procedentes respecto de operaciones de concentración que no le hayan sido notificadas voluntariamente en el plazo de 1 año contado desde el perfeccionamiento de la operación (nuevo Artículo 48 del DL N° 211).

La Fiscalía Nacional Económica ejerce el control a través de un procedimiento que comprende dos fases de conocimiento y decisión.

Si en la primera de estas fases opta por extender la investigación hasta por 90 días, tiene lugar la segunda fase al término de la cual puede adoptar las siguientes decisiones: a) aprueba la operación de concentración pura y simplemente; b) la aprueba con condiciones, o c) prohíbe la operación. En este último caso el proyecto prevé, en su nuevo artículo 57 inciso final, un recurso de

revisión especial para ante el TDLC, que deberá deducirse en el plazo de 10 días contados desde la notificación de la resolución.

No se divisa inconveniente para que el nuevo procedimiento de control quede entregado a la Fiscalía Nacional Económica en la modalidad descrita, toda vez que se permite la impugnación de la resolución prohibitiva de la concentración, ante el TDLC. Sin embargo, parecería también atendible permitir el uso del denominado recurso especial de revisión además para el evento de haber aprobado la Fiscalía Nacional Económica la fusión pero con condiciones que el interesado puede considerar inadecuadas, exageradas y/o imposibles de cumplir, lo que evidentemente puede causar un agravio necesario de reparar por un tribunal especializado, lo que resultaría útil también para disuadir de utilizar otras vías de impugnación, como el recurso de protección.

En concordancia con esta nueva regulación de concentraciones es que en el N° 4 del artículo 18 del DL 211 se contempla, entre las facultades y deberes del TDLC, la de substanciar, a solicitud exclusiva del notificante de una operación de concentración, (no le llama recurso) un procedimiento de revisión, cuando éstas hubieren sido prohibidas por el Fiscal Nacional Económico.

A su vez, en el nuevo artículo 31 bis se contiene el procedimiento de revisión especial a que se ha hecho referencia, del que deberá conocer el TDLC.

El texto recién citado dispone a letra lo siguiente:

“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.”

Como se aprecia, del análisis comparativo del artículo 57, 18 N° 4 y 31 bis del Proyecto es posible evidenciar un nivel de confusión en orden a si el conocimiento y resolución de la impugnación o reclamo deducido contra la resolución prohibitiva de la Fiscalía, constituye un procedimiento especial jurisdiccional por el que se resuelve el conflicto en única instancia, o si, en concordancia con los conceptos de confirmación y revocación, utilizados en el inciso tercero del artículo 31 bis, se le considera propiamente un recurso de apelación.

En todo caso, el inciso final del texto recién citado señala que contra la sentencia que pronuncia el TDLC no procederá recurso alguno;

Duodécimo: Que en lo referente a las nuevas atribuciones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en materia de sanciones y disposiciones asociadas, al margen de la modificación introducida en la tipificación del ilícito infraccional de colusión descrito en la letra a) del artículo 3° eliminando el elemento relativo a que el acuerdo entre competidores deba conferirles poder de mercado, se modifican e incrementan las sanciones para los ilícitos contra la libre competencia. Es esta la modificación más relevante que se persigue concretar con fines disuasivos. Sustituye la base de cálculo de las multas de hasta 20.000 UTA y de 30.000 UTA (en el evento de colusión), por multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente al doble del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción si el mismo puede ser claramente determinado, o, en su defecto por el equivalente al 30% de las ventas del infractor durante el periodo por el que se prolongó la infracción.

Además, en la situación de colusión se podrá imponer la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la Administración del Estado hasta por el plazo de cinco años contados desde que la sentencia quede ejecutoriada.

En relación a las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica descrita en las letras h) y j) del artículo 39 del DL 211 relativas a requerir antecedentes o informes a particulares y a disponer que concurran a declarar a ese servicio, respectivamente, y que no proporcionen los antecedentes o lo hagan de modo incompleto y, en su caso, que injustificadamente no concurran a declarar, se determinan sanciones de multa que deberá imponer el TDLC en el procedimiento establecido en el nuevo artículo 39 ter del proyecto. Este texto dispone lo que sigue:

“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, sólo 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.”

Al margen de lo dicho, se contempla también una nueva sanción de multa en la letra e) adicionada al artículo 26 del DL 211, para el evento regulado en la letra a) del nuevo artículo 3 bis que hace aplicables, entre otras, las medidas previstas por el artículo 26 a las conductas que allí se especifica, relacionadas con infracciones a la nueva normativa sobre control de concentraciones de empresas.

La multa en comento está prevista en la situación descrita en la letra a) citada, esto es, cuando se infringe el deber de notificar la operación de concentración. Se gradúa en hasta 20 UTA por cada día de retardo desde que se perfeccionó la operación aludida.

Aunque no se establece expresamente el procedimiento para la aplicación y determinación de la multa, cabe deducir que resulta también aplicable a esta situación el procedimiento del artículo 39 ter;

Decimotercero: Que en lo atinente a la variación que se proyecta a la letra n) del artículo 39 del Decreto Ley en referencia, consistente en puntualizar que el conocimiento y resolución de las medidas intrusivas que solicite el ministerio público radicará en un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, esta Corte insiste en que competencias como la que se menciona condice naturalmente con aquellas asignadas a los juzgados de garantía, por lo que estima adecuado que dicha instancia quede fijada en estos últimos tribunales;

Decimocuarto: Que en cuanto a las modificaciones a I Código Penal, se tipifica el delito penal de colusión mediante la incorporación de un nuevo artículo 286 bis al Código Penal modificando la denominación del párrafo 7° del Título VI del Libro II del Código citado, refiriendo como materia: “delitos relativos a la libre competencia”. (Párrafo opcional).

Se sanciona con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo (5 años y 1 día a 10 años) a quien celebre, implemente, ejecute u organice acuerdos, convenciones, contratos o convenios que involucren a dos o más competidores entre sí, persiguiendo fijar precios de compra o venta; limitar la producción; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado o afectar licitaciones públicas o privadas convocadas por órganos de la Administración del Estado, empresas públicas creadas por ley o empresas en que el Estado tenga participación o haya aportado subvenciones o fondos públicos destinados a la adquisición del objeto de licitación.

Junto con la anterior pena, se establece la inhabilitación absoluta para desempeñar cargos públicos; cargos de director o gerente de empresas del Estado; cargos de director o gerente en sociedades anónimas abiertas y cualquier cargo directivo en asociaciones o colegios profesionales por un plazo de 5 años desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

Sin perjuicio que la criminalización del delito de colusión integra una política del orden público económico, no aparece clara la razón por la que las investigaciones de los hechos para configurar este ilícito sólo deban iniciarse por querrella de la Fiscalía Nacional Económica, sustrayendo de este cometido al Ministerio Público que tiene asignada en general la exclusividad en la investigación de los delitos. (Artículo 83 de la Constitución Política de la República y 1° de la Ley N° 19.640)

Sí es destacable que se contemple la figura de la delación compensada también en materia penal, como única forma de otorgar efectividad a este medio en el establecimiento del ilícito infraccional, el que carecería de sentido en tanto no se contemplara una solución homologable en sede penal.

Específicamente en el nuevo artículo 286 ter del Código Penal se dispone que: “Estará exento de responsabilidad criminal el que primero hubiere aportado antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica y accediendo así a los beneficios establecidos en el inciso tercero del artículo 39 bis del DFL N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de 2004 que fijó el texto refundido del DL 211;

Decimoquinto: Que, finalmente, en lo concerniente a las modificaciones a la Ley N° 19.496 que establece normas sobre Protección a los Derechos de los Consumidores, se propone en el proyecto que sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 30 del DL 211 y no obstante 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 sentencia definitiva ejecutoriada, podrá tramitarse con arreglo al procedimiento establecido en el párrafo 2° del Título IV de la ley ya mencionada cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores. Se añade que 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. Se propone al efecto la modificación del artículo 51 de la Ley N° 19.496.

Es lo cierto que la amplitud de los términos del artículo 2° letra b) de la Ley N° 19.496, en concordancia con las normas del párrafo citado, artículos 51 y siguientes, hace innecesario esta modificación y más bien podría tener –como antes ya lo ha indicado esta Corte Suprema-, un efecto limitativo en torno a su aplicación, que se extiende en general “al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios”, quedando abierta la norma a su integración con las diversas leyes en que se configuren ilícitos que comprometan esos intereses.

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 que modifica el DFL N° 1 de 2004 del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL 211, de 1973. Ofíciase.

Se previene que la ministra señora Egnem no comparte el segundo párrafo del motivo octavo en lo concerniente a la facultad expresa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para dictar autos acordados, pues considera que no parece que ella resulte procedente, por tratarse de una potestad que es propia de los Tribunales Superiores de Justicia. No obstante lo anterior, cabe tener presente que el DL N° 211 incurre en una impropiedad de lenguaje cuando en el artículo 6° hace alusión a un auto acordado del Tribunal que contendría la forma de regular la dirección del mismo en el evento de ausencia u impedimento del Presidente.

La facultad de dictar autos acordados –agrega quien previene- emana de la superintendencia económica de los Tribunales Superiores de Justicia, particularmente de la Corte Suprema y también, en el ámbito territorial de sus respectivas jurisdicciones, de las Cortes de Apelaciones, razón por la que resulta difícil concebir la posibilidad de otorgar esta facultad a un tribunal que no tiene jerarquía sobre alguna otra unidad jurisdiccional inferior. Es en concordancia con lo anterior que sólo los Auto Acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones, quedan bajo el control del Tribunal Constitucional, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 93 N° 2° de la Constitución Política de la República. Es del caso indicar que esta Corte Suprema en informes anteriores, específicamente en el AD 195-44 de 3 de junio de 2003, ha indicado que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no se corresponde con un Tribunal Superior de Justicia, sino de uno de primera instancia, de modo que no es posible concluir que tenga la potestad que por el Proyecto se pretende.

PL-14-2015”.

Saluda atentamente a V.S.

Sergio Muñoz Gajardo
Presidente

Rosa María Pinto Egusquiza
Secretaria