



COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE A.G.

COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA

28 de mayo de 2015

**COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA
LEGISLACIÓN SOBRE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

1. El 19 de marzo de 2015 S.E. la Presidenta de la República, doña Michelle Bachelet Jeria, ingresó a la H. Cámara de Diputados el 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 (“DL 211”), número de boletín 9.950-03 (“Proyecto de Ley”).
2. El referido Proyecto de Ley persigue introducir sustanciales reformas a nuestra legislación de defensa de la libre competencia, en materias tales como colusión, aplicación de multas, control de operaciones de concentración y la entrega de nuevas facultades a la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), entre otras. El Proyecto de Ley representa una de las modificaciones más importantes en la historia reciente de nuestro derecho de la libre competencia, junto con aquéllas introducidas por la ley N° 19.911 de 2003 y la ley N° 20.361 de 2009.
3. El Consejo General del Colegio de Abogados A.G. acordó abocarse a la tarea de analizar el Proyecto de Ley y presentar comentarios, convocando al efecto a la Comisión de Libre Competencia de la Orden (“la Comisión”).
4. La Comisión es presidida por el consejero Julio Pellegrini, e integrada por los consejeros Alberto Lyon y Enrique Urrutia y por los abogados invitados Francisco Agüero, Elías Astudillo, Cristián Banfi, Jaime Barahona, Carla Bordoli, José Manuel Bustamante, Josefina Campos, Sebastián Castro, Juan Ignacio Correa, Arturo Costabal, María Elina Cruz, María Isabel Díaz, Cristián Doren, Sebastián Dufeu, José Tomás Errázuriz, José Miguel Gana, Benjamín Grebe, Juan Cristóbal Gumucio, Diego Hernández, José Miguel Huerta, Álvaro Jana, Ricardo Jungmann, Ignacio Larraín, Nicolás Lewin, Claudio Lizana, Carla López, Pedro Lluch, Paulo Montt, Santiago Montt, Gabriela Morales, Benjamín Mordoj, Nicole Nehme, Álvaro Ortúzar, Lorena Pavic, Pedro Rencoret, Cristián Reyes,



Ricardo Riesco, Camila Ringeling, Ignacio Ríos, Andrés Rioseco, Andrés Rodríguez, Nicolás Rojas, Ximena Rojas, Luis Eduardo Toro, José Gabriel Undurraga, Domingo Valdés, Juan Sebastián Valdés, Alejandra Vallejos, Javier Velozo y Nicolás Vergara. Asimismo, se contó con la colaboración de los economistas María Valentina Konow y Juan Pablo Philippi. La Comisión ha sido coordinada por el abogado Pedro Rencoret en calidad de Secretario.

5. En consideración a los breves plazos involucrados, la Comisión acordó concentrar el análisis en las materias que se consideraron más relevantes. Las observaciones y sugerencias que se han acordado en las sesiones celebradas se consignan brevemente en el presente documento. Además, se adjuntan como anexos a este informe minutas con comentarios preparadas por miembros de la Comisión para su discusión en las sesiones sostenidas, según se indica en cada capítulo. Esta Comisión manifiesta estar a completa disposición del Congreso para colaborar en la discusión de estos temas, si se estima necesario.

6. Las materias en las que la Comisión concentró su análisis son las siguientes¹:

- I. Reformas en materia de colusión y régimen de sanciones
- II. Control preventivo y obligatorio de fusiones u operaciones de concentración
- III. Reformas orgánicas, procesales y materias no contenidas en el Proyecto de Ley

7. A continuación se consignan las observaciones y sugerencias propuestas por la Comisión.

¹ A fin de estudiar y discutir con profundidad las reformas propuestas en el Proyecto de Ley, se organizaron cuatro grupos de trabajo: (1) Reformas en Materia de Colusión (coordinado por Benjamín Grebe); (2) Control Preventivo de Operaciones de Concentración (coordinado por Ricardo Riesco); (3) Modificaciones al Sistema de Sanciones (coordinado por Juan Cristóbal Gumucio) y (4) Reformas Orgánicas, Procesales y Materias No Contenidas en el Proyecto de Ley (coordinado por Enrique Urrutia). Atendida la estrecha relación entre las materias objeto de los grupos (1) y (3), éstas fueron discutidas conjuntamente y las conclusiones alcanzadas fueron ambas incorporadas en el primer capítulo de este informe.



I. REFORMAS EN MATERIA DE COLUSIÓN Y RÉGIMEN DE SANCIONES

8. El presente capítulo sintetiza las opiniones, comentarios y sugerencias de la Comisión de Libre Competencia del Colegio de Abogados de Chile A.G., en relación a las modificaciones propuestas por el Proyecto de Ley en materia de colusión y régimen de sanciones.²

9. A este respecto, la Comisión coincide con el Proyecto de Ley en cuanto a que una materia prioritaria en la defensa de la libre competencia radica en fortalecer la detección y desestabilización de carteles, el más grave atentado a esta legislación. La incorporación de herramientas útiles para combatir carteles es beneficiosa para la toda sociedad y es una tarea que ha sido promovida por esta misma Comisión en diversas oportunidades³.

10. Sin embargo, son esas mismas razones las que llevan a la Comisión a sugerir que las modificaciones propuestas por el Proyecto de Ley en materia de colusión y régimen de sanciones sean reexaminadas, pues varias de ellas podrían no ser útiles ni eficaces en la persecución de actos de colusión. Incluso más, algunas podrían resultar contraproducentes en la tarea de combatir carteles, así como perjudiciales para la libre competencia que se quiere proteger.

11. Para tales efectos, el presente capítulo está organizado en los siguientes temas:

- (i) Eliminación del poder de mercado como requisito para sancionar la colusión
- (ii) Aumento en el máximo de las multas
- (iii) Sanción adicional en caso de colusión: prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración del Estado hasta por cinco años desde que la sentencia quede ejecutoriada
- (iv) Criminalización de la colusión
- (v) Fortalecimiento de la delación compensada
- (vi) Acción de clase para reclamar indemnizaciones de perjuicio con motivo de infracciones a la libre competencia.

12. Lo anterior, según se expone a continuación.

² Se adjuntan como anexo a la presente las minutas enviadas por miembros de la Comisión que analizan con detención estas materias. En particular, se presentaron minutas con comentarios preparadas por los siguientes miembros: Juan Cristóbal Gumucio, Elías Astudillo y Pedro Lluch; José Manuel Bustamante, Enrique Urrutía y Sebastián Castro; Juan Ignacio Correa, Carla López e Ignacio Ríos; Jaime Barahona y José Gabriel Undurraga; Álvaro Ortúzar, Juan Sebastián Valdés y Nicolás Vergara; Ricardo Riesco, Josefina Campos e Ignacio Larraín; y Benjamín Grebe y Manfred Zink. Asimismo, también presentaron una minuta los economistas María Valentina Konow y Juan Pablo Philippi.

³ Por ejemplo, considérese los siguientes informes preparados por esta Comisión: “*Comentarios a la Versión Preliminar de la ‘Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión’*” (30 de enero de 2015); *Informe de la Comisión de Libre Competencia del Colegio de Abogados para la ‘Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia’*” (15 de mayo de 2012).



1. Eliminación del poder de mercado como requisito para sancionar la colusión

13. Una de las modificaciones más relevantes del Proyecto de Ley en materia de colusión es la eliminación de toda referencia al poder de mercado de la letra a) del artículo 3 del Decreto Ley N° 211 (“DL 211”), transformando a la colusión en una conducta anticompetitiva *per se*.

14. Al respecto, la Comisión se manifestó contraria a la referida modificación. Los miembros de la Comisión señalaron que no sería justo privar a quienes son acusados de una conducta tan grave como la colusión, de la posibilidad de defenderse en base a evidencia económica de que el supuesto acuerdo no produjo o no tenía la potencialidad de haber producido efectos anticompetitivos en un determinado mercado relevante. Adicionalmente, esto viene a introducir una doble distorsión: (i) en relación a las demás conductas, por cuanto respecto de ellas se va a poder seguir argumentando sobre sus efectos e idoneidad para afectar la competencia; y (ii) en relación con el monto de una eventual multa, dado que para determinarlo se debe considerar el beneficio económico obtenido por el infractor.

15. Atendida la imposibilidad de describir un cartel duro sin hacer referencia a elementos normativos como el poder de mercado o la falta de justificación pro-competitiva, una definición de la conducta que omita estos elementos constituirá una descripción desmedida que acarreará graves sanciones a personas que pueden estar desempeñando conductas legítimas, en algunos casos pro-competitivas, y, en otros casos, conductas que si bien constituyen acuerdos de fijación de precios entre competidores, por la falta de relevancia de las partes que celebran el acuerdo, no tienen la aptitud potencial de afectar la libre competencia. La colusión requiere que estemos en presencia de una alteración de la competencia y de un abuso del mercado, porque de lo contrario nos encontramos ante conductas lícitas, como la asociación para el desarrollo de negocios. Lo anterior tiene especial relevancia en el caso de pequeños comerciantes que necesitan unirse para competir con los que tienen un mayor poder económico. Luego, la eliminación del poder de mercado genera serios problemas de proporcionalidad en el sistema sancionatorio.

16. El Proyecto de Ley no estaría en línea con lo que ocurre a nivel internacional, donde se ha venido aplicando un análisis denominado *Quick Look*, conforme al cual se revisa si la conducta es de aquellas que no tienen justificaciones (“carteles duros”); admitiendo, sin embargo, defensas que puedan variar tal calificación, con el fin de no incurrir en el error de sancionar conductas que podrían ser pro-competitivas. En la Unión Europea, por ejemplo, las figuras de colusión, que son tratadas como ilícitos *por objeto* (que no requieren demostrar sus efectos), admiten excepciones y permiten defensas de eficiencia que pueden hacer desaparecer su ilicitud.



17. Respecto a la adecuación del tipo infraccional del artículo 3 inciso segundo letra a), hubo opiniones en el sentido que constituiría un avance al otorgar mayor certeza respecto de las conductas comprendidas en esa figura. Por el contrario, hubo quienes señalaron que, pese a lo declarado en el Mensaje del Proyecto de Ley (el “Mensaje”), no era tan claro que la nueva configuración del precepto en cuestión abarcara solamente a los carteles duros, siendo posible subsumir en la descripción de conductas a algunas inocuas o pro-competitivas. En general, ante estas regulaciones debemos optar por establecer un marco que promueva el desarrollo de la actividad económica, y por lo mismo, sus restricciones necesariamente deben tener un carácter reglado.

2. Aumento en el máximo de las multas

a. Aplicación de la modificación a todas las conductas anticompetitivas

18. En este punto, el texto del Proyecto de Ley no se condice con el del Mensaje. Contrariamente a lo señalado en este último, que trata el aumento en el monto máximo de las multas en el apartado “Reformas en materia de colusión”, el Proyecto de Ley pretende modificar el artículo 26 del DL 211 de forma tal de que el nuevo esquema de montos máximos de las multas sea aplicable no sólo a la colusión, sino que a todas las conductas anticompetitivas, alterando el esquema vigente, en que las conductas colusivas están sujetas a una multa que tiene un tope más alto que las demás.

19. No sería conveniente aplicar las mismas multas a todas las conductas anticompetitivas, pues con ello no se estaría respetando el principio de la proporcionalidad. Se debe sancionar de forma diferente a conductas cuya valoración es distinta⁴.

20. El Mensaje no contiene ninguna razón que justifique el aumento de las multas para los casos de abuso de posición dominante.

b. Doble del beneficio económico obtenido, si puede ser determinado, o 30% de las ventas del período durante el cual la infracción se haya prolongado

21. El Proyecto de Ley pretende modificar el límite máximo de las multas aplicables a las conductas anticompetitivas. En particular, se propone pasar de un esquema en que la multa máxima es, por regla general, de 20.000 UTA (aproximadamente US\$ 17 millones), pudiendo llegar en casos de colusión a un máximo de 30.000 UTA (aproximadamente US\$ 25.6 millones), a un esquema en que no se hace ninguna diferencia entre la colusión y las demás conductas anticompetitivas, y en el que el monto máximo de la multa ascendería

⁴ El propio Mensaje señala que “la colusión entre competidores ha sido unánimemente reconocida como la conducta más dañina en contra de la libre competencia”, por lo que parece contradictorio que el Proyecto de Ley proponga que se le aplique el mismo tope de la multa que a todas las conductas anticompetitivas sin distinción.



hasta el doble del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción o, en caso que éste no pueda ser claramente determinado por el Tribunal, al 30% de las ventas del infractor correspondientes al período durante el cual la infracción se haya prolongado.

22. En la Comisión hay consenso respecto a que el nuevo límite máximo de la multa resulta excesivo. Hay divergencia en el sentido que para algunos un aumento de las multas, si bien no de la entidad señalada, se encontraría en línea con regímenes más avanzados, mientras que otros sostienen que el sistema actual no parece del todo inadecuado, en el sentido que el monto máximo ya sería bastante alto. Estos últimos señalan que solamente en dos ocasiones el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) ha impuesto el monto máximo permitido por el DL 211 y que uno de esos casos todavía se encuentra pendiente ante la Corte Suprema.

23. Quienes creen que el sistema de multas actual no requiere cambios añaden que el Proyecto de Ley presenta un error conceptual en su diseño, por cuanto se establecen dos topes distintos, basados en elementos diversos y que pueden llevar a serias contradicciones y, en definitiva, a una denegación de justicia, razón por la que en caso de cambiar el régimen actual se debiese optar por un solo criterio para que se aplique de forma excluyente. Las razones serían:

- (i) El beneficio obtenido de una infracción habitualmente es muy difícil de determinar y muchas veces puede ser calculado de maneras muy distintas, lo que podría llevar al TDLC o la Corte Suprema a aplicar directamente el segundo criterio, bastando para ello señalar que no fue suficientemente acreditado el beneficio obtenido. Por el contrario, también podría ocurrir que el TDLC o la Corte Suprema opten por aplicar el criterio del beneficio, aun cuando este último sea deficientemente estimado, renunciando al criterio de las ventas que es mucho más objetivo, ya que es más fácil de determinar.
- (ii) En caso de pluralidad de demandados, sería posible que algunos de ellos sean sancionados en atención al beneficio económico obtenido y otros en razón de sus ventas, lo que atenta con los principios de igualdad de las partes y de unidad de los juicios, pudiendo ocasionar decisiones contradictorias.
- (iii) Considerando que el porcentaje de las ventas puede arrojar un monto de multa mucho mayor que el criterio del beneficio, es posible que el TDLC o la Corte Suprema, con el mero fin de sancionar con más fuerza una infracción, recurran al método subsidiario, aun cuando sea posible determinar el beneficio obtenido.
- (iv) Adicionalmente, se puede dar una injusticia manifiesta si una infracción produjo un beneficio ínfimo al infractor, pero dicho beneficio no puede ser determinado



fácilmente. En este último caso, puede que el segundo criterio arroje un monto de la multa mucho mayor al adecuado.

24. Señalado lo anterior, corresponde señalar diversos comentarios de los miembros de la Comisión respecto a cada uno de los dos criterios que el Proyecto de Ley propone para la determinación del monto máximo de las multas.

b.1 Doble del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción

25. Determinar claramente el beneficio económico obtenido con motivo de una conducta anticompetitiva es muy complejo. Por una parte, en la mayoría de los casos sería muy difícil determinar fidedignamente dicho beneficio. Y por otra, en caso que el beneficio económico obtenido por el infractor pudiese ser claramente determinado, el Proyecto de Ley no resuelve la especie de pre-juicio que ello podría significar en relación a las eventuales demandas civiles por indemnización de perjuicios, que podrían basarse en los informes acompañados por las partes.

b.2 30% de las ventas del infractor correspondientes al período durante el cual la infracción se haya prolongado

26. No habría ninguna empresa en Chile que pueda hacer frente a una multa que llegue al 30% de sus ventas anuales, mucho menos si se trata de las ventas de un período más extendido. Una multa bajo estos parámetros puede hacer económicamente inviables a muchas empresas y, en consecuencia, terminar afectando la competitividad futura de los mercados, lo que resulta un contrasentido.

27. Dos análisis referidos por miembros de la Comisión demostrarían que aquellas empresas que supuestamente tienen mayores posibilidades de hacer frente a una multa, es decir las empresas del IPSA, no podrían afrontar el pago de una multa equivalente al 30% de sus ventas anuales.

28. Se propone el establecimiento de un techo máximo de la multa a pagar, como garantía de proporcionalidad.

29. Se critica que el Proyecto de Ley no circunscriba la multa a las ventas de algún producto o territorio determinado. En ese sentido, se señala que la multa debiese calcularse en base a un porcentaje que diga relación con el rubro o mercado a propósito del cual se cometió la infracción respectiva y estar referida únicamente a las ventas en Chile⁵. En caso contrario, se corre el riesgo de que las multas aplicadas en Chile sean las más altas del mundo, por ejemplo, si la sancionada es una empresa que comercializa diferentes productos a nivel mundial.

⁵ Hacemos presente que queda pendiente la definición de qué debiese entenderse por “ventas en Chile”.



30. El Proyecto de Ley señala que el 30% de las ventas se calculará en base a aquellas realizadas durante el periodo durante el cual la infracción se haya prolongado. Hubo quienes propusieron que el cálculo se realice en base a las ventas anuales.

31. La Unión Europea, a cuya legislación el Mensaje cita como ejemplo en cuanto a la determinación de la multa a partir de un porcentaje de las ventas, contempla un límite adicional que disminuye los efectos desproporcionados que podría implicar la aplicación de una multa como la concebida en el Proyecto de Ley. En efecto, la legislación europea en la materia establece que la multa no superará el 10% del volumen de negocios anual global de la empresa⁶.

32. Asimismo, atendida la gravedad de la sanción impuesta y con el objeto de permitir una real apreciación de la prueba conforme a la sana crítica para la aplicación de estas multas sería necesario ajustar el procedimiento actual a uno de carácter oral y donde rija la inmediación y concentración,

c. Los Organismos Públicos no pagarían multa

33. Es sabido que no sólo los privados, sino que también los organismos del Estado pueden vulnerar la libre competencia, por ejemplo mediante una licitación concebida y/o llevada a cabo de forma anticompetitiva.

34. En consideración de lo anterior, hubo miembros de la Comisión que remarcaron que sería conveniente que exista la posibilidad de que dichos organismos puedan ser objeto de la aplicación de multas, cuestión que no ocurriría de acuerdo al texto del Proyecto de Ley, en vista que técnicamente las nuevas reglas no podrían ser aplicadas a entidades o servicios que no tengan ventas ni perciban ingresos provenientes de la conducta. Con ello, además no se respetaría la exigencia constitucional de que todos los actores que participan en la actividad se rijan por un mismo marco normativo.

d. Posibilidad de pagar la multa en cuotas

35. Hubo quienes sugirieron que el Proyecto de Ley debiese contemplar la posibilidad de que las multas se puedan pagar en cuotas.

e. Remisión de artículo 3 bis a multas de artículo 26 del DL 211

36. El art. 3 bis que el Proyecto de Ley pretende introducir en el DL 211 hace aplicable el régimen general de sanciones del artículo 26 a quienes (i) infrinjan el deber de notificación del art. 48; (ii) perfeccionen la operación notificada mientras esté suspendida

⁶ Ver documento de la Comisión Europea que explica aplicación de multas por infracciones a la libre competencia, disponible en http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_es.pdf



de conformidad con el art. 49 del Proyecto de Ley; (iii) incumplan las medidas de mitigación que hubieren podido acordarse; o (iii) perfeccionen una operación que fue prohibida por la FNE o el TDLC.

37. Hubo quienes señalaron que las infracciones al nuevo Título IV que el Proyecto de Ley agrega al DL 211 debiesen tener un régimen sancionatorio especial, con límites particulares, acorde a la naturaleza preventiva del procedimiento de control allí consagrado. Así, infracciones formales como la falta de notificación de una operación, el quebrantamiento de una medida de mitigación u otros que no generen un impacto negativo en la libre competencia en términos sustantivos, debiesen ser sancionadas con multas inferiores que den cuenta del carácter formal de la infracción. Solamente cuando dicha infracción a su vez impacte sustancialmente la libre competencia se debiera poder sancionar con las multas de carácter sustantivo.

3. Sanción adicional en caso de colusión: prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración del Estado hasta por cinco años desde que la sentencia quede ejecutoriada.

38. El Proyecto de Ley propone que en los casos de colusión, además de las medidas del artículo 26 del DL 211, se introduzca una sanción adicional, consistente en la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración del Estado hasta por el plazo de cinco años desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

39. Hay consenso en la Comisión en que la sanción propuesta resulta inadecuada y sería especialmente perjudicial incluso para el propio Estado.

40. Supuestamente, la sanción referida impediría que la persona que ha sido parte de un cartel se beneficie de recursos públicos. Sin embargo, hay quienes estiman que en la práctica el sancionado es el Estado. Por ejemplo, ¿qué pasaría si el coludido es el proveedor de un bien que el Estado no puede obtener por otra vía, como sería, a modo ejemplar, un medicamento patentado? ¿Qué pasaría con los contratos ya celebrados y que el Estado tiene interés en renovarlos?

41. En este sentido, dado el tamaño del mercado chileno y el hecho reconocido de que en muchos mercados operan pocos actores, esta sanción, mal aplicada, podría tener como consecuencia que el Estado quede imposibilitado para adquirir ciertos bienes o contratar ciertos servicios, o podría traducirse en la instauración de un verdadero monopolio para ciertos proveedores.

42. De esta forma, puede que en un caso particularmente grave el TDLC no pueda aplicar esta sanción porque se dejaría sin proveedores al Estado o porque se entregaría un



monopolio en la prestación de esos bienes o servicios al Estado, y en otros casos menos graves se termine aplicando por existir en el mercado multiplicidad de proveedores.

43. A mayor abundamiento, respecto de personas jurídicas, una inhabilidad de idénticos efectos fue implementada el año 2005. Aquella impedía inscribirse en el Registro de Proveedores del Estado por haber sido sancionada con multa por infracciones al DL 211, siendo derogada el año 2009; aparentemente con el fin de eliminar barreras para contratar con el Estado, dada su escasa aplicación.

4. Criminalización de la colusión.

44. La mayoría de los miembros de la Comisión se manifestaron contrarios, *a priori*, a la criminalización de la colusión. En síntesis, los argumentos esgrimidos por ellos son los siguientes:

- (i) El sistema actual está funcionando: el sistema instaurado el año 2004 y reforzado el año 2009 está teniendo frutos. La FNE se ha sofisticado mucho, tiene un equipo mucho más sólido y ha logrado importantes victorias en materia de carteles especialmente a partir del año 2009 gracias a las reformas que se han realizado. Las multas que se han aplicado han sido altas y han afectado tanto a Pymes como a grandes empresas. El sistema anterior, con el tipo penal, no funcionaba de igual manera. Según información pública en la materia, tanto el Presidente del TDLC como el actual Fiscal Nacional Económico tendrían una visión similar al respecto.⁷
- (ii) Existen actualmente herramientas de disuasión subutilizadas: El DL 211 contempla la posibilidad de imponer altas multas a las personas naturales involucradas en actos de colusión, cuya aplicación puede significar un elemento disuasivo significativo y suficiente en la prevención de carteles, que harían innecesaria la criminalización. Sin embargo, tales herramientas prácticamente no

⁷ Al respecto, las autoridades en materia de Libre Competencia se han pronunciado públicamente en contra de la creación de un tipo penal en la materia, al menos, desde la perspectiva de la disuasión. Así, el Presidente del TDLC ha señalado que: *“Es decir, hay que tener cuidado con que no se trata solo de ver qué sanción suena mejor para el público en general, sino cuál es la más efectiva para lograr una efectiva guerra contra los carteles, un éxito en esta guerra contra los carteles, en la cual ha estado involucrado el Tribunal y la Fiscalía Nacional Económica desde hace varios años y con bastante éxito”*. En <http://www.cooperativa.cl/noticias/economia/competitividad/libre-competencia/tclc-no-esta-de-acuerdo-con-reponer-penas-de-carcel-para-la-colusion/2015-03-16/134151.html>. En el mismo sentido, el Fiscal Nacional Económico ha dicho: *“la reposición de las penas de cárcel, que existieron durante 40 años y no se ocuparon jamás para castigar a los carteles, es una decisión que debe tomarse en forma meditada (...) Tenemos la certeza de que el modelo que hoy opera en el país, basado en una fiscalía económica técnica y autónoma del gobierno de turno; un tribunal de competencias completamente independiente de la fiscalía y una Corte Suprema expedita como contrapeso del tribunal está dando resultados”*, En <http://static.pulso.cl/20141112/2031682.pdf>



se han utilizado hasta ahora, salvo muy excepcionalmente en pocos casos, de menor entidad y generalmente relacionados a asociaciones gremiales.⁸

- (iii) No hay consenso respecto a que criminalizar la colusión sea una forma eficiente de desincentivarla: no hay consenso respecto a que esta medida sea un desincentivo real para la colusión. En que diversos países con mayor tradición y experiencia en la lucha contra los carteles, e incluso la Unión Europea, no se contempla la posibilidad de cárcel para esta infracción.
- (iv) Derecho penal de *última ratio*: cambiar la dirección adoptada el 2004, re-criminalizando la colusión no parece conveniente, más aún si no existen evidencias concluyentes respecto a que un sistema con sanciones penales vaya a ser más eficiente que uno basado en sanciones administrativas (por ejemplo, multas e inhabilidades). Lo anterior se vuelve particularmente relevante si se considera que una de las principales características del Derecho Penal es que se trata de un derecho de *última ratio*, rasgo que implica que debe ser el último instrumento al que se recurra para proteger determinados bienes jurídicos, debiendo evitarse su aplicación si los objetivos de disuasión buscados pueden alcanzarse a través medios menos gravosos. No habría estadísticas concluyentes en cuanto a que el sistema estadounidense, que contempla la criminalización, sea más eficiente desbaratando carteles que un sistema administrativo con sanciones fuertes, como el sistema europeo. Además, al ser de *última ratio*, llama la atención que –contrario a lo que es la tendencia internacional en la materia– no se contemple la posibilidad que el órgano persecutor pueda alcanzar salidas alternativas y que no se regule la exclusión de prueba, como acontece en todo procedimiento que se ajusta a un debido proceso.
- (v) Dificultad para definir el tipo: con las graves consecuencias que acarrea la infracción penal y existiendo una discusión no pacífica sobre lo que debe ser el tipo penal o administrativo de la colusión –y de qué se entiende exactamente por cartel duro–, podría generarse un tipo penal incierto, difícil de definir, que podría dar lugar a situaciones de indefensión que es preferible evitar, sobre todo existiendo un efecto disuasivo patrimonial.
- (vi) Las penas de cárcel son improbables: resulta improbable que una persona efectivamente pueda encontrarse privada de libertad. Esta es la experiencia en otros países, como Inglaterra, donde nadie ha pasado un día en la cárcel por un

⁸ Ver, e.g., Sentencia 145/2015, “Requerimiento de la FNE contra la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros”, donde el TDLC impuso multas de entre 1 y 10 unidades tributarias anuales a los miembros de dicha asociación; y Sentencia 128/2013, “Requerimiento de la FNE contra ACHAP A.G y Otros.”, donde el TDLC impuso a miembros del directorio de dicha asociación gremial multas de entre 5 y 10 unidades tributarias anuales.



caso de colusión. Se puede apuntar a tres razones principales: (i) el estándar de convicción para el tribunal en materia penal es más alto (“más allá de toda duda razonable”); (ii) la mayoría de los infractores tendrán a su haber una serie de atenuantes de responsabilidad (seguramente no serán reincidentes, tendrán buena conducta anterior, etc.), y (iii) es probable que los tribunales interpreten en forma muy restrictiva el tipo penal de colusión. Todo lo anterior lleva a que sea posible que el tipo penal que se pretende establecer en el artículo 286 bis se transforme en un “saludo a la bandera”, lo que podría aumentar el descontento social e instalar una imagen de impunidad indeseable.

- (vii) Riesgo de que se genere un Derecho de Libre Competencia para los “ricos” y otro para los “pobres”: puede ocurrir que en la práctica existan dos mundos en relación a los carteles. Un mundo, el de los que tienen más capacidad para informarse y tener mejores asesores, tendrá extremo cuidado en no atentar contra el DL 211 o, en caso de hacerlo, no dejar rastros obvios. Otro mundo, con menos acceso, seguramente Pymes y puestos bajos en empresas, no tendrá una conciencia clara de esto y será mucho más probable que infrinja la ley, dejando rastros, siendo más probable que los últimos sean sancionados por colusión. Esto se puede ver ya en los casos de colusión de los últimos 5 años en que los carteles, por ejemplo, de buses incurrían en prácticas que pueden ser consideradas “burdas” mientras que los carteles más grandes, si bien tenían esas prácticas “burdas” en el pasado, en tiempos recientes operan de una manera mucho más cautelosa.
- (viii) Adiestramiento de jueces penales y fiscales en temas económicos: no es recomendable legislar introduciendo normas aplicadas en países con instituciones y características no replicables en nuestro país. En particular, el Mensaje argumenta, a favor de criminalizar la colusión, que legislaciones como la de Estados Unidos la sancionan con pena de cárcel. La verdad es que los jueces norteamericanos tienen mucha más experiencia en temas de índole económica como la colusión, estando mejor calificados para enfrentarse a dichos casos que sus pares chilenos, que por no estar habituados al análisis de materias económicas podrían resolver de forma errada. Los mismos comentarios son aplicables a los fiscales del Ministerio Público, que no contarían con la preparación en temas de libre competencia que tiene, por ejemplo, el Departamento de Justicia en Estados Unidos.
- (ix) Se duplicarían los recursos del Estado para la persecución de una misma conducta: Si en la persecución de carteles ya participan la FNE y el TDLC, el Proyecto de Ley exigiría destinar recursos adicionales para que también participen el Ministerio Público, los Juzgados de Garantía y el Tribunal Oral en lo Penal. A su turno, el uso de estos recursos sería menos eficiente, pues se desconocería la



mayor especialización con que cuentan la FNE y el TDLC para investigar y conocer este tipo de conductas. Se haría un uso ineficiente del gasto público.

- (x) Conflictos e ineficiencias ante la existencia de procedimientos paralelos: Se haría más ineficiente la persecución de carteles al existir diversas instancias para investigar y conocer una misma clase de conductas, con diversos procedimientos y estándares de prueba, y la posibilidad de que existan sentencias contradictorias, entre otros problemas.

45. Cabe mencionar que algunos miembros de la Comisión se manifestaron a favor de la criminalización de la colusión, mientras no exista mayor competencia y profundidad de la misma en una economía concentrada, como la chilena.

46. Habiendo señalado lo anterior, corresponde analizar una serie de distintos aspectos relativos a la criminalización de la colusión.

a. Tipo penal del artículo 286 bis del Código Penal.

47. El Proyecto de Ley pretende introducir el siguiente artículo 286 bis en el Código Penal:

“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”.

48. Hubo opiniones en el sentido que el tipo propuesto por el Proyecto de Ley está concebido de forma amplísima, sin ninguna exigencia de que una determinada conducta



sancionada tenga, al menos, la potencialidad de producir efectos anticompetitivos y abarcando hipótesis que en la práctica pueden aplicarse a situaciones del todo legítimas y pro-competitivas.⁹

49. Quienes creen lo señalado, manifestaron que supuestamente, la sanción penal se limitaría a las hipótesis de “carteles duros”, pero la verdad es que tal como está redactado hoy el Proyecto de Ley, el artículo 286 bis podría ser utilizado para sancionar, aunque parezca ilógico: (i) a dos competidores que forman un consorcio para postular a una licitación; (ii) a un grupo de bancos en el marco del otorgamiento de un crédito sindicado; (iii) a competidores que para abaratar costos se asocian para comprar insumos para sus productos, o (iv) a proveedores que celebraran contratos de distribución en que asignan determinados territorios a distintos distribuidores.

50. Se señaló también que el Derecho Penal constituye un sistema discontinuo y fragmentario de ilicitudes, lo que en términos simples significa que sólo se tipifican las conductas más graves, que atentan contra los bienes jurídicos más importantes definidos por una sociedad.

51. Desde esa perspectiva, el tipo penal cumple diversas funciones, que permiten interpretar adecuadamente el alcance de la norma. En la materia, resulta fundamental una aplicación político-criminal, que radica en su “función de garantía”: sólo cuando la conducta prohibida se describe expresa y exactamente en el tipo penal, el Derecho Penal respeta plenamente el principio de legalidad, principio limitador fundamental consagrado constitucionalmente en los incisos 7 y 8 del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política (sub-principio de “tipicidad”). Asimismo, debe destacarse para estos efectos la función sistemática del tipo penal, que permite interpretar adecuadamente los alcances de la norma, por cuanto permite comprender cuáles son los elementos y cualidades que debe tener la conducta prohibida que se describe en la norma (ej. es distinto “matar a otro”, que “conociendo las relaciones que lo ligan, mate a padre o madre...”). Para efectos de dicha determinación, la definición respecto del bien jurídico que se pretende proteger con la norma resulta fundamental.

52. Pues bien, sin perjuicio que el Proyecto de Ley avanza respecto de la anterior tipificación penal contenida en el DL 211 original¹⁰, aún deben delimitarse ciertos aspectos,

⁹ De hecho, hay quienes sugieren que se incorpore al poder de mercado como un elemento subjetivo al tipo penal y a la conducta antimonopólica a objeto de acotar la tipificación de los *carteles duros* a aquellos que efectivamente lesionen la competencia, estableciendo un umbral de gravedad que impida que la sanción *per se* sobrepase la capacidad operativa y la respuesta eficaz del sistema, recarga que es contraria a un uso eficiente de los recursos humanos y financieros, eficiencia que debe orientar toda política pública.

¹⁰ “ARTICULO 1º- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, **cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas**, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados”.



con miras a salvaguardar los principios de *última ratio* (sólo las conductas más graves, respecto de los bienes jurídicos más importantes), y de tipicidad, teniendo especial cuidado en diferenciar adecuadamente la conducta susceptible de sanción administrativa por el TDLC, de aquella sancionada penalmente. Veamos:

- (i) Bien jurídico protegido: Conforme al Mensaje, existen dos bienes jurídicos que se pretende salvaguardar por medio de la tipificación penal: (i) el patrimonio de terceros (consumidores y/o competidores); y (ii) la confianza en los mercados.

Hubo quienes manifestaron en este respecto que, con el objeto de salvaguardar adecuada y coherentemente el bien jurídico protegido, y para diferenciar adecuadamente el tipo penal del tipo administrativo (cuyo objeto miraría netamente a la confianza en los mercados¹¹), convendría incluir en el tipo penal una exigencia adicional, consistente en un resultado: la existencia de afectación efectiva a terceros¹² (o al menos, la verificación efectiva de las finalidades establecidas en el tipo penal).

Quienes justifican la incorporación de la exigencia referida en el párrafo anterior, señalan que además de ser un elemento común en los delitos por defraudación establecidos en el Código Penal, sería análogo a lo que ocurre en la nueva legislación de quiebras¹³ y en los delitos tributarios¹⁴, de tal manera que su inclusión cumple además una función de sistematización con el resto del ordenamiento jurídico-penal en materia económica.

- (ii) Verbo rector y sujeto activo: hay quienes señalan que, conforme al principio de proporcionalidad, resulta cuestionable que el tipo penal contenga un verbo rector más amplio que el tipo administrativo, castigando al que “***celebre, implemente, ejecute u organice***” los acuerdos colusivos. Con ello no sólo se amplía la conducta (o verbo rector) respecto de la descripción del DL N° 211, sino que también respecto del sujeto activo. Con ello, además, se vulnera la exigencia de una descripción estricta de la conducta conforme al principio de tipicidad,

¹¹ Por ello sería que el SERNAC y no la FNE sea quien pueda ejercer posteriormente una acción de indemnización de perjuicios en favor de los consumidores.

¹² Se evidenciaría además una incoherencia en el numeral 4° del artículo 286 bis: no se entiende por qué se limita exclusivamente a las licitaciones en que tenga participación el Estado.

¹³ “Artículo 463.- El que dentro de los dos años anteriores a la resolución de liquidación a que se refiere el Capítulo IV de la Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas ejecutare actos o contratos que disminuyan su activo o aumenten su pasivo sin otra justificación económica o jurídica que la de perjudicar a sus acreedores, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo”.

¹⁴ No tiene sentido citar el catálogo completo del artículo 97 del Código Tributario. Basta señalar que en general se exige no sólo que las falsedades permitan disminuir la base imponible, o recibir devoluciones que no correspondan, sino que además eleva la exigencia subjetiva, requiriendo dolo directo (ej. maliciosamente).



generándose un problema en la determinación de los grados de participación que puedan tener los distintos sujetos involucrados, toda vez que se difuminan los límites entre autores y cómplices (ej. al asesor que organiza algunas reuniones; o a los ejecutivos menores cuya misión es ejecutar o implementar el acuerdo dentro de la organización).

En adición a lo anterior, hubo quienes propusieron la eliminación de los verbos “*implemente, ejecute u organice*”, dejando únicamente el verbo “*celebre*”, agregando, con el objeto de dar mayor certeza jurídica y evitar injusticias, la exigencia de dolo directo, de manera que se sancione a aquél que “*a sabiendas celebre un acuerdo (...)*”.

b. Derogación de artículos 285 y 286 del Código Penal.

53. Hubo quienes manifestaron que, en caso de que la colusión definitivamente se criminalice, sería conveniente que se deroguen los artículos 285 y 286 del Código Penal, o que se establezca de forma expresa que aquellos no aplican para la colusión. De lo contrario, se estaría dejando una puerta abierta para que el Ministerio Público persiga supuestas colusiones, pasando por alto la intención del Proyecto de Ley de que la legitimación activa para perseguir dichas conductas recaiga exclusivamente en el Fiscal Nacional Económico.

c. Pena de reclusión mayor en su grado mínimo.

54. El Proyecto castiga a quienes incurren en las conductas previstas en el artículo 286 bis (definidas de forma amplísima) con una pena de reclusión mayor en su grado mínimo, es decir entre 5 años y 1 día y 10 años.

55. Los miembros de la Comisión concordaron en que la pena propuesta es del todo excesiva.

56. Señalaron que el Mensaje señala que las legislaciones de Estados Unidos y Canadá contemplan penas similares a la referida en el párrafo anterior y que valdría la pena aclarar que en Estados Unidos, la “*United States Sentencing Commission Guidelines Manual*”¹⁵, que guía los cálculos de penas que los jueces hacen en sus sentencias contemplan, como pena base recomendada para infracciones criminales a la libre competencia a la de 10 a 16 meses¹⁶. Por otro lado, en Canadá, si bien es cierto que la *Competition Act* contempla penas de cárcel

¹⁵ Disponible en <http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2014/GLMFull.pdf>

¹⁶ Las infracciones a la libre competencia tienen un “nivel base 12”, que está sancionado con penas de 10 a 16 meses de cárcel. Ver página 307 del documento disponible en el link citado en el pie de página anterior, en relación a la tabla de su página final.



de hasta 14 años, la realidad indica que las penas impuestas a sujetos que han infringido las normas de libre competencia han variado entre algunos meses y un año¹⁷.

57. Se adujo como argumento también la falta de proporcionalidad en relación a otros delitos de nuestra legislación. Podemos señalar, a modo ejemplar, que la pena de la colusión coincide con el límite inferior de la pena aplicable a delitos como el infanticidio¹⁸. Se estaría aplicando una pena de crimen, reservada para las figuras más graves de nuestra legislación penal, sin entregar argumentos suficientes para fundamentarlo.

58. Se agregó que una pena tan alta podría atentar contra los objetivos perseguidos por la legislación, por cuanto una pena percibida como evidentemente injusta puede llevar a que los jueces se resistan a aplicarla y, en consecuencia, haya una tasa de absolución relevante en casos de colusión.

59. Finalmente, pareciera el artículo fue pensado de manera de evitar cualquier posibilidad de cumplimiento de la pena en libertad, motivación bastante cuestionable, dado que no se ve por qué los sancionados por colusión no debiesen acceder a dichos beneficios.

d. Pena accesoria del artículo 286 bis.

60. La parte final del artículo 286 bis que el Proyecto pretende agregar en el Código Penal contempla una pena accesoria a la prisión, consistente en que ésta *“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”*.

61. Hubo quienes señalaron que, sin tener ningún problema con la aplicación de inhabilitaciones como sanción contra quienes cometen colusión, (proponiendo incluso que se debiera contemplar que dicha sanción pudiera ser aplicada por el TDLC, eliminando la cárcel y la intervención de los tribunales criminales), consideraban que el juez debiese ser libre de aplicar o no la pena y de graduarla, cuestión que no ocurre en el Proyecto de Ley, que obliga al juez a aplicarla, contemplando que debe tener una duración de 5 años.

62. Adicionalmente, otra opinión fue que, en caso que en forma paralela, las empresas involucradas en sede del TDLC estén sujetas a otras inhabilitaciones (prohibición de

¹⁷ ANNAN, Richard y GOLDMAN, Calvin, *“Canada: Cartel Enforcement. The Antitrust Review of the Americas 201. Global Competition Review, 2015”*, disponible en <http://globalcompetitionreview.com/reviews/63/sections/214/chapters/2545/canada-cartel-enforcement/>.

¹⁸ El artículo 394 del Código Penal establece que *“Cometen infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, matan al hijo o descendiente, y serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio”*.



contratación con el Estado), el cúmulo de medidas accesorias impuestas podría constituir una prohibición desmedida en contra de la libertad económica de las personas vinculadas a un grupo económico particular.

e. Investigación de hechos que pudieren ser constitutivos de delito previsto en artículo 286 bis solamente puede iniciarse por querrela de FNE.

63. En este aspecto hubo divergencia entre los miembros de la Comisión respecto a si correspondía que el ejercicio de la acción penal estuviese radicada en la FNE y que ni el Ministerio Público ni cualquier particular pudieren dar inicio a un proceso penal.

64. Hubo quienes se decantaron por la primera opción, aclarando de todas formas, lo inconveniente que un sistema sancionatorio estuviese concebido de manera tal que la decisión de si un delito se persigue o no recaiga en un solo sujeto, como el Fiscal Nacional Económico, que podría ser objeto de enormes presiones políticas y/o de la opinión pública respecto a perseguir o no penalmente a una determinada persona. Se agregó que el monopolio de la querrela, sin las adecuadas limitaciones, dejaba abierta la posibilidad de que se utilizara por la FNE como una herramienta coercitiva, en el marco de una investigación o un juicio en curso, lo que dista de la finalidad sustantiva de esta facultad. Quienes se manifestaron en el último sentido señalado, hicieron presente que en caso de no establecerse límites adecuados, es posible apreciar consecuencias perniciosas para la institucionalidad de libre competencia, entre las que se encontraban

- (i) La degeneración del sentido retributivo de la pena, como reproche por una conducta grave, convirtiéndola en un mecanismo de presión para favorecer la investigación administrativa (la pena deja de ser consecuencia por la realización de una conducta prohibida –o al menos disuasiva de su comisión-, sino que se convierte en herramienta de investigación); y
- (ii) La vulneración de los derechos de los imputados, quienes posiblemente puedan verse forzados a favorecer una investigación en su contra (en violación del principio de no auto incriminación consagrado en la letra f) del numeral 7° del artículo 19 de la Constitución Política), producto de la amenaza de la acción penal, con los efectos que dicha cooperación tendrá en el juicio penal.

65. Por otro lado, hubo quienes adoptaron una posición contraria a las referidas, proponiendo que el artículo 286 bis debía ser modificado para efectos de otorgar legitimación activa también al Ministerio Público y a los afectados directos por la colusión, en virtud de las siguientes razones:

- (i) La FNE es un servicio público sometido a la supervigilancia del ejecutivo a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo; por consiguiente, el riesgo



político de que el Poder Ejecutivo intente restarle autonomía e independencia, por medio de esta atribución exclusiva y excluyente para interponer querellas, es una contingencia indeseada siempre presente. Y obviamente también lo es que este organismo quede sometido a influencias externas interesadas en que la FNE actúe en uno u otro sentido; rasgo que se aminora si el Ministerio Público y los afectados directos también están habilitados al efecto; y,

- (ii) La modificación propuesta sería coincidente con los criterios procesales aplicados a la regulación en materia de Mercado de Valores, que no prohíben tal intervención del Ministerio Público y de estos terceros. Si comparamos el proceso de libre competencia con el que regula el mercado de valores no pareciera que existan diferencias que justifiquen un trato jurídico diverso.

f. Investigación de la FNE.

66. En relación a la investigación que realiza la FNE, hubo quienes destacaron los siguientes puntos:

- (i) Pena por entrega de información falsa: el Proyecto de Ley propone que aquellos que entreguen información falsa en el contexto de una investigación de la FNE serán sancionados con una pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio. Esta norma debiese modificarse, estableciendo una sanción de multa, exigiendo dolo directo del actor (“a sabiendas”) y un elevado estándar de falsedad (“manifiesta o gravemente falsa”). De lo contrario, no producirá otro efecto que atentar contra la investigación de la FNE, fomentando a que los particulares no entreguen la información que les es requerida por temor a entregar información que pudiese ser falsa (no necesariamente quien entrega la información puede corroborar que lo que está entregando corresponde completamente a la realidad), lo que probablemente llevará a que las empresas y en particular los ejecutivos principales se escuden en el derecho a no inculparse para no entregar información preparada por subalternos y que no están en condiciones de asegurar que sea completamente correcta.
- (ii) Autoincriminación: el hecho de que la colusión se conciba como un crimen pudiese atentar contra las investigaciones de la FNE. El Proyecto de Ley no soluciona qué pasa con aquellos que se nieguen a entregar información, a prestar declaración, a absolver posiciones, etc., amparados en el derecho a no auto-incriminarse consagrado en el artículo 19 N°7 de la Constitución Política de la República. Si la colusión es un crimen o simple delito, tendrán una defensa para no entregar antecedentes.



(iii) Principio de objetividad: el Proyecto de Ley debiese contemplar que la FNE se sujete al principio de objetividad contemplado en el artículo 3 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público¹⁹.

g. Fiscal Nacional Económico puede, discrecionalmente, interponer la respectiva querrela y/o presentar requerimiento ante el TDLC.

67. El Proyecto de Ley contempla que el Fiscal Nacional Económico, pueda, a su solo arbitrio, interponer la respectiva querrela y/o presentar requerimiento ante el TDLC, pudiendo decidir en qué casos de eventuales colusiones corresponde perseguir a los infractores por la vía infraccional, criminal o ambas conjuntamente.

68. Hubo quienes señalaron que esta norma puede dar paso a serias injusticias y discriminaciones. ¿Cuáles son los criterios que lleven a que el Fiscal decida pedir la multa para una persona y la pena para otra? Pudiera darse el caso que actores de conductas similares sean perseguidos unos por multas y otros por penas de cárcel. Incluso más, ¿qué impide que en un mismo caso el Fiscal pida multas para uno de los demandados y cárcel para otro?

69. Adicionalmente, se señaló que tal como está concebido el Proyecto de Ley, éste constituía un claro atentado contra el principio de *non bis in idem* que rige en nuestro sistema sancionatorio, al existir la posibilidad de que una persona sea sancionada con multa en sede de libre competencia y cárcel en sede criminal, por los mismos hechos.

70. Se agregó que resultaba deseable establecer ciertos límites al ejercicio de la acción penal por parte de la FNE²⁰. En primer lugar, se recomendó establecer un requisito de admisibilidad para el ejercicio de la acción penal, que debiese ser, la existencia de una sentencia condenatoria firme y ejecutoriada por colusión²¹. Según quienes sostuvieron dicha

¹⁹ Dicha disposición señala que “*en el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen*”.

²⁰ En este sentido se podría recurrir al sistema existente en el DL 211 original, en el sentido que según lo dispuesto en el artículo 17 N° 5 de dicho cuerpo legal, era la Comisión Resolutiva la que ordenaba al Fiscal Nacional Económico el ejercicio de la acción penal.

²¹ Las objeciones respecto de una posible prescripción son fácilmente salvables estableciendo expresamente la suspensión de dichos plazos (para efectos penales) al momento de presentarse el requerimiento, siguiendo la norma del artículo 96 del Código Penal, en términos que si resultaren absueltos los requeridos por el TDLC, se entenderá que el plazo siguió corriendo durante todo ese período.



posición, con ello se garantiza un requisito mínimo básico para la acción penal, como es la coherencia con la finalidad retributiva de la pena, y se respeta el principio de última ratio.²²

71. Como consecuencia evidente del punto anterior, se recomendó limitar el momento de interposición de la querrela (o ejercicio de la acción penal) al momento posterior a la dictación de la sentencia, evitando una duplicidad de procedimientos y estableciendo un sistema coherente en términos de proporcionalidad y ultima ratio: sólo puede haber sanción penal, si existe sanción administrativa.

72. Se adujo, como argumento en favor de lo señalado hasta el momento, que de mantenerse el texto del Proyecto de Ley tal cual está, en el sentido de que el monopolio del ejercicio de la acción penal estuviese en manos de la FNE, se producirían las siguientes consecuencias:

- (i) Altos costos de litigar tanto para el Estado como para los particulares, como consecuencia de tener que discutirse en distintas sedes los mismos hechos y al mismo tiempo.
- (ii) El artículo 3 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado²³ consagra que los órganos del Estado deben actuar de manera eficiente y coordinada, especialmente para cumplir adecuadamente con sus fines propios. El desarrollo paralelo de ambos procedimientos sancionatorios, no sólo afectaría el mandato legal de coordinación, sino que afectaría las garantías del debido proceso consagradas en el 19 n° 3 de la Constitución Política. A modo de ejemplo:
 - o Distintas facultades intrusivas: al respecto cabe destacar la existencia de distintas facultades intrusivas respecto de la FNE y el MP. En efecto, si se analiza el DL 211, las facultades de la FNE son aún mayores que los del órgano penal. Además, se encuentran sujetos a un estándar distintos de garantías para su ejecución, lo que no sólo podría generar

²² En una de las minutas adjuntas se señala que dicho requisito no es algo extraño en nuestra legislación: así la regulación de los delitos de quiebra fraudulenta exigían, como requisito de admisibilidad previa, que se hubiese declarado la quiebra. En efecto, la Nueva Ley de Quiebras, mantiene dicha figura sujetando la procedencia de los delitos establecidos en los artículos 433 y siguientes del Código Penal a la dictación de la resolución de liquidación o de reorganización.

²³ “Artículo 3°. *La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal. La Administración del Estado deberá observar los **principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes.***”



descoordinaciones (por ejemplo, ¿qué ocurre si ambas instituciones piden los mismos antecedentes, o pretenden incautar lo mismo?); sino una enorme indefensión para los imputados, toda vez que se duplican las posibilidades de obtener medidas intrusivas, pudiendo exigirse en una u otra sede alternativamente, según la conveniencia y las garantías²⁴.

- Declaraciones en sedes distintas: una de las manifestaciones más complejas de la duplicidad de procedimiento dice relación con las declaraciones que pueden prestar, tanto testigos como imputados, en las distintas sedes. En términos simples, podríamos terminar con un sistema de “confesiones extrajudiciales” extrapolando declaraciones de un procedimiento a otro a conveniencia del persecutor.
- Duplicación de las defensas: la implementación de un sistema de éstas características implica una mayor indefensión de los requeridos e imputados, en cuanto se verían expuestos a defenderse en paralelo, en dos sedes distintas, respecto de ilícitos que si bien son análogos, no son necesariamente idénticos.

Al respecto debe tomarse en cuenta que, atendida las diversas naturalezas, procedimientos y garantías de cada procedimiento, las estrategias judiciales podrían variar, o incluso contener algunos aspectos que podrían parecer contradictorios. Además, se duplican de manera indirecta los órganos persecutores (FNE y MP), y con ello, recursos e información.

- Fallos o prueba contradictorios: Por cierto que las sentencias en cada una de las sedes están sujetas a las exigencias de motivación y fundamentación propias del ejercicio jurisdiccional. Pues bien, la duplicidad de procedimientos nos enfrenta a problemas en términos de los fallos simultáneos de ambas sedes sobre los mismos hechos: (i) posibilidad de fallos con consideraciones y resoluciones contradictorios (no sólo en términos de la decisión, sino sobre los hechos probados, la entidad de la colusión, los partícipes, etc.); (ii) incentivos perversos a los Tribunales, en el sentido de que si el Tribunal Oral en lo Penal emite un fallo condenatorio, ¿cómo podría el TDLC explicar adecuadamente un fallo absolutorio

²⁴ En ese sentido, el Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción propuso igualar las facultades intrusivas de los órganos fiscalizadores con las conferidas por el DL N° 211 a la FNE: “Dotar de facultades intrusivas adicionales, similares a las que la última modificación al Decreto Ley 211 entregó a la Fiscalía Nacional Económica (por ejemplo, la posibilidad de acceder al contenido de llamadas telefónicas y correos electrónicos). Estas facultades deben ejercerse **con autorización previa de un Juez de Garantía**, para así respetar debidamente los derechos de las personas.” Informe, p. 85.



posterior?; y (iii) sistemas de recursos distintos, lo que generaría un problema respecto de los tribunales superiores.

- Estándares diferentes: Por último, cabe hacer presente los distintos estándares de convicción exigido en cada sede, lo que profundiza el problema planteado en el punto anterior, si los procedimientos se tramitan en paralelo. Especialmente, por cuanto no existe claridad respecto de cuál es el estándar de convicción exigible en materia de libre competencia, el cual solo ha sido desarrollado jurisprudencialmente por la Corte Suprema (“prueba clara y concluyente”).

73. Cabe hacer presente que hubo miembros de la Comisión quienes señalaron que, según lo dispuesto por el artículo 29 del DL 211, por aplicación supletoria del artículo 167 del Código de Procedimiento Civil podría ocurrir que el procedimiento ante el TDLC se suspendiera en caso que el pronunciamiento en sede penal tuviese “notoria influencia” sobre la decisión del TDLC. De esta forma, cada vez que la discusión y prueba del tipo penal en sede criminal cumpla con este requisito de “notoria influencia” del citado artículo 167, cabrá la posibilidad de suspender el procedimiento ante el TDLC hasta la dictación de sentencia condenatoria.

74. En caso de considerar que el bien jurídico a proteger en ambas sedes sea el mismo, esta posibilidad de suspender el procedimiento tendrá como inevitable consecuencia que la discusión del delito más importante para efectos de la libre competencia, se radique en la sede penal, limitándose –entonces– el accionar del TDLC a aplicar las respectivas multas a beneficio fiscal.

75. Por lo anterior, recomiendan eliminar el ejercicio paralelo y simultáneo de acciones en sede de libre competencia y en la penal, unificando el conocimiento y resolución de la acción penal en el TDLC. De esa forma, se aseguraría que el análisis de la ilicitud se mantenga en el organismo especializado, esto es, el TDLC, evitando la existencia de jurisdicciones paralelas y dando –además– fundamentación económica a las condenas por delitos de colusión.

76. Finalmente, hubo cierta posición que señaló que no era tan nocivo que se desarrollaran dos procesos en forma paralela, de manera de evitar que los jueces penales, sin tanto conocimiento en materias de libre competencia, se sintieran de cierta forma forzados a fallar de acuerdo a una sentencia de libre competencia anterior.



5. Fortalecimiento de la delación compensada.

77. Los miembros de la Comisión coincidieron en que la incorporación de nuevos beneficios, como la exención de sanciones penales para el primer aportante de antecedentes, es un avance, al otorgar mayores incentivos para auto-denunciar conductas de colusión.

78. En aras a seguir avanzando, se recomendó por algunos la aplicación de la referida exención a todo ejecutivo, director o empleado de la primera persona jurídica que denuncia el ilícito, puesto que internacionalmente se ha fomentado que la cooperación sea un acto esencialmente corporativo.

79. Con respecto a aquellos que no son el primer aportante de antecedentes, hubo quienes señalaron que era necesario ampliar el catálogo de beneficios para quienes colaboraron con la FNE, aun cuando no hayan llegado primeros auto-denunciando el cartel. Se agregó que, en caso que se mantenga la decisión de no otorgar ninguna reducción de la pena a quienes no son el primer postulante al beneficio de referido en el párrafo anterior, se debiera explicitar que cuentan al menos con una atenuante muy calificada. Hubo también una opinión respecto a que existiendo sanción penal para los carteles duros y no habiendo exención para todos los delatores, era muy improbable que existieran nuevas delaciones. En la práctica, un delator no sabría si existe un primer delator o no (para la eficacia del sistema no se puede saber) y a lo más puede saber “si está disponible el beneficio”. El problema es que el beneficio puede estar disponible debido a la existencia de un “marker” en tramitación y por lo tanto, haber un primer delator. Según lo señalado, el incentivo a delatarse primero no operaría, porque en la práctica no se sabría si se es el primero o no.

80. Finalmente, hubo miembros de la Comisión que se manifestaron en el sentido que el sistema de delación requiere de una reforma estructural, que tome en cuenta las principales directrices de jurisdicciones donde el programa de delación ha sido exitoso, como EEUU y Europa, incorporando normas claras sobre los distintos niveles de exención, las partes y personas que la reciben (empresas y personas) y la confidencialidad o reserva de los procesos (no solo ante la FNE sino también ante el TDLC). Lo anterior, de manera que exista un balance entre el incentivo de la delación como política pública (como herramienta primordial para detectar carteles) y el derecho a la debida defensa de los requeridos.

6. Acción de clase para reclamar indemnizaciones de perjuicio con motivo de infracciones a la libre competencia.



81. En el Proyecto de Ley se propone modificar el artículo 51 de la Ley N° 19.496 (“LPC”) sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, en el sentido de permitir la interposición de acciones de interés colectivo o difuso destinadas a obtener la indemnización de los perjuicios que pudieran irrogarse a los consumidores con motivo de una infracción a la libre competencia.

82. Se trata de una propuesta importante que viene a llenar un vacío legal que ya había sido detectado y destacado como problemático en el pasado, al punto que, tal como se reconoce en el propio mensaje del Proyecto de Ley, se están recogiendo tres mociones parlamentarias existentes que buscan precisamente conceder la posibilidad de demandar colectivamente por infracciones a la libre competencia declaradas por sentencia ejecutoriada.

83. En términos concretos, esto viene a terminar con la incertidumbre existente actualmente respecto a si la actual redacción del artículo 2 bis b) de la LPC permite ejercer acciones de interés colectivo o difuso para efectos de resarcir a los consumidores por los eventuales perjuicios sufridos por una infracción a la libre competencia; y además resuelve la interrogante de si es necesario que quien ejerza dichas acciones, debió o no hacerse parte en el juicio de libre competencia que dio lugar a la sentencia condenatoria.

84. En relación al último párrafo, hubo miembros de la Comisión quienes remarcaron que el artículo 2 bis b) de la Ley N° 19.496 dispone que “[n]o obstante lo prescrito en el artículo anterior, las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo: [...] b) En lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento”.

85. En consecuencia, para que pudiesen interponerse acciones de interés colectivo o difuso destinadas a solicitar indemnizaciones de perjuicios, sería necesario que esos perjuicios se hayan originado a partir de actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o prestación de servicios reguladas por leyes especiales. El DL 211 no sería una ley especial, como lo podría ser la Ley General de Servicios Eléctricos, la Ley General de Urbanismo y Construcciones, la Ley General de Servicios Sanitarios o la Ley General de Telecomunicaciones, sino que es una ley general, por cuanto tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados, esto es, promover y defender el buen funcionamiento del mercado en general o, si se quiere, de todos y cada uno de los mercados, y velar por la correcta actuación que todos los agentes económicos, ya sean públicos o privados, realicen en el mercado.

86. Otros miembros de la Comisión plantearon incluir en el Proyecto de Ley que el daño moral consecuente de la conducta antimonopólica pueda ser determinado en el



tribunal civil respecto del que hubiese ejercido una acción individual que resultó acumulada de acuerdo al inciso 5° del artículo 53 de la LPC (el N°2 del artículo 51 de la LPC contempla tal limitación respecto de los legitimados activos en la acción de clase), y adicionalmente, en relación a la letra b) del artículo 53 C que contempla la aplicación de una multa a beneficio fiscal por cada consumidor afectado. Si es que no se acepta la unificación jurisdiccional sugerida precedentemente, se propone eliminar la sanción de multa a beneficio fiscal, pues el demandado ya habrá sido condenado en sede de libre competencia, vulnerándose el principio *non bis in idem*, esto es, ser sancionado dos veces por la misma conducta.



II. CONTROL PREVENTIVO Y OBLIGATORIO DE FUSIONES U OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

87. El presente capítulo sintetiza las opiniones, comentarios y sugerencias de la Comisión de Libre Competencia del Colegio de Abogados de Chile A.G., en relación a las modificaciones propuestas por el Proyecto de Ley en materia de control preventivo y obligatorio de fusiones u operaciones de concentración.²⁵

88. Al respecto, cabe señalar que esta Comisión coincide con el Proyecto de Ley respecto a la necesidad y pertinencia de establecer en nuestra legislación un régimen específico de control de operaciones de concentración, actualmente inexistente. Asimismo, la mayoría de la Comisión considera adecuado que el sistema elegido corresponda a un régimen de control previo y obligatorio, así como también se considera correcto, en términos generales, el procedimiento descrito en el Proyecto de Ley. Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión considera conveniente que se reexaminen y perfeccionen ciertos aspectos sustanciales de la regulación propuesta, conforme al análisis y sugerencias que aquí se exponen.

89. Para tales efectos, el presente capítulo está organizado en los siguientes temas:

1. ¿Es positivo o necesario el establecimiento de un régimen previo y obligatorio de control de fusiones u operaciones de concentración?
2. Definición del concepto de “Operación de Concentración”
3. Vinculación local y con el target
4. Establecimiento de un período de vacancia para la entrada en vigencia de los umbrales, cada vez que se modifiquen
5. Causales de procedencia del recurso de revisión especial
6. Sanciones por infracción al artículo 3 bis (a)
7. La adopción de un estándar sustantivo en virtud del cual las operaciones de concentración serán analizadas
8. Modificación de las medidas de mitigación una vez aprobada la operación
9. Aspectos procedimentales

90. Lo anterior, según se expone a continuación.

²⁵ Se adjuntan como anexo a la presente las minutas enviadas por miembros de la Comisión que analizan con detención estas materias. En particular, se presentaron minutas con comentarios preparadas por los siguientes miembros: Ricardo Riesco, Josefina Campos e Ignacio Larraín; Juan Cristóbal Gumucio, Elías Astudillo y Pedro Lluch; Nicolás Lewin y Andrés Rodríguez; Álvaro Ortúzar, Juan Sebastián Valdés y Nicolás Vergara; y Benjamín Grebe y Manfred Zink. Asimismo, también presentaron una minuta los economistas María Valentina Konow y Juan Pablo Philippi.



1. ¿Es positivo o necesario el establecimiento de un régimen previo y obligatorio de control de fusiones u operaciones de concentración?

91. En el Proyecto se establece un procedimiento previo y obligatorio a la materialización de ciertas fusiones u operaciones de concentración, en caso que estas últimas sobrepasen ciertos umbrales que deberán ser fijados posteriormente en un Reglamento.

92. En este sentido, la mayoría de la Comisión estima positivo el establecimiento de un régimen previo y obligatorio de control de fusiones u operaciones de concentración, sujeto al cumplimiento de ciertos umbrales, pues entrega certeza a los actores del sistema y va en línea con la tendencia de las jurisdicciones más desarrolladas en este tipo de materias que la chilena.

93. Sin perjuicio de lo anterior, se estima que los umbrales deben ser fijados conforme a la realidad chilena, dado que de ser efectivo que serán fijados en ventas individuales superiores a US\$ 14.000.000.- o ventas conjuntas superiores a US\$ 83.000.000.- se podría estar estableciendo un umbral superior incluso al fijado en Estados Unidos y la Unión Europea, si se mide en términos proporcionales al PIB.

94. Adicionalmente y por razones de respeto al artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, debiesen establecerse en la ley todos los parámetros necesarios para determinar los referidos umbrales, dejando al Reglamento sólo la determinación del monto de éstos.

95. Por su parte, una posición minoritaria en la Comisión estima que sería conveniente mantener un sistema de control de fusiones u operaciones de concentración de carácter voluntario, por las eficiencias que se derivan del mismo, pues la FNE no se vería obligada a revisar aquellas operaciones que no afecten significativamente la libre competencia.

96. Esta posición se explicaría a la luz de las estadísticas de aquellas jurisdicciones que cuentan con sistemas de control obligatorio, en las cuales sólo el 4% de las operaciones sometidas a control requieren de un real y efectivo análisis desde la perspectiva de la libre competencia.

97. La gran ventaja de un sistema voluntario radica en la disminución significativa del costo público y privado asociado a la obligación de notificar la operación respectiva. Por otra parte, el riesgo que grandes operaciones pasen “desapercibidas” se vería aminorado si la FNE cumple un rol fiscalizador activo en aquellos mercados más sensibles desde el punto de vista de la libre competencia y si se permite tanto a los particulares como a la autoridad desafiar la operación posteriormente, dentro de ciertos límites de tiempo razonables.



2. Definición del concepto de “Operación de Concentración”

98. El artículo 47 del Proyecto de Ley establece una definición de *operación de concentración* que a juicio de los miembros de la Comisión resulta muy amplia y carece de claridad.

99. Ello se demuestra en que la definición indica que “*dos o más agentes económicos previamente independientes entre sí dejen de serlo*”, señalando algunos ejemplos de *cese de la independencia*. Algunos miembros advierten que la definición no se refiere directamente a competidores y que la frase “*en cualquier ámbito de sus actividades*” incluye situaciones distintas en que no nos encontraríamos frente a una operación de concentración en términos estrictos. Por ejemplo, podrían existir casos de colaboración entre competidores que no constituyen una operación de concentración, como serían los acuerdos de colaboración para investigación y desarrollo, ciertos acuerdos de distribución, entre otros, los que evidentemente no deberían ser sometidos al procedimiento propuesto en el Proyecto de Ley.

100. La Comisión advierte que la definición engloba dos conceptos adicionales, los de *agente económico* y *cese de independencia*, los cuales a su vez son conceptualizados mediante ejemplos y de forma excesivamente amplia. Por ejemplo, calificar como un *cese de independencia* la circunstancia que dos agentes económicos se “*asocian bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico distinto de ellos*” podría eventualmente incluir contratos de suministro, distribución y licencia, así como consorcios no estructurales (es decir, en los cuales las partes sólo desarrollan conjuntamente un proyecto determinado, manteniendo plena independencia respecto de todas sus demás actividades). Del mismo modo, un contrato de arrendamiento, leasing o consignación también podría eventualmente interpretarse como un acto por el cual “*un agente económico adquiere el control sobre los activos de otro, a cualquier título*”.

101. Adicionalmente, no queda claro de la definición qué ocurre con la adquisición de participaciones minoritarias en competidores ¿Están éstas comprendidas en el concepto de operación de concentración?

102. Evidentemente lo anterior genera incertidumbre respecto de qué debe considerarse como una operación de concentración, lo que impediría a las partes en la operación determinar en forma cierta si el acto o convención que pretenden perfeccionar debe o no ser consultado. Esto tiene la agravante que se establece una sanción especial en el Proyecto de Ley por el incumplimiento de la obligación de notificación, sanción que por lo demás es idéntica a la que se aplica a colusiones y abusos unilaterales, lo que evidentemente no soluciona el problema de incertidumbre que existe en esta materia en la actualidad y obligará, eventualmente, a los distintos agentes a utilizar el procedimiento en ocasiones que no debieron hacerlo.



103. En consecuencia, la Comisión estima procedente modificar la definición con el objeto de fijar un concepto más objetivo y preciso, que permita a las partes de la operación evaluar con precisión y certeza si el acto que desean llevar a cabo debiese ser notificado a la FNE.

104. Como formas para lograr ese objetivo, se proponen las siguientes:

- (i) El establecimiento de criterios objetivos que denoten una pérdida de independencia o la adquisición de influencia decisiva sobre un agente económico, tales como la facultad de operar el curso de los negocios o la administración de una entidad con prescindencia del consentimiento del otro agente económico, o de vetar decisiones habituales de negocios;
- (ii) Utilizar un criterio distinto a la pérdida de independencia y utilizar un estándar de obtención del control de otra entidad anteriormente independiente, como ocurre en la Unión Europea; o
- (iii) Finalmente y para evitar dudas o interpretaciones equívocas respecto de la ejecución de actos lícitos y pro-competitivos, se sugiere que el Proyecto de Ley o el Reglamento incluyan un catálogo más exhaustivo de actos y convenciones que usualmente debiesen considerarse como operaciones de concentración, así como de actos y convenciones que no debiesen serlo.

3. Vinculación local y con el *target*

105. Llama la atención de la Comisión que el artículo 48 del Proyecto de Ley, al establecer los requisitos copulativos que debe cumplir una operación de concentración para generar la obligación de notificación, pareciera prescindir del requisito de vinculación territorial o nexo local de la entidad objeto de la operación (“*target*”) y su impacto económico.

106. En este sentido, la referida norma fija como umbrales para notificar que (a) la suma de las ventas en Chile de los agentes involucrados en la operación supere cierto umbral, y (b) que en Chile, por separado, al menos dos de los agentes hayan generado ventas, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifica la notificación, por montos iguales o superiores a cierto umbral.

107. Si bien se establece la forma de cálculo de las ventas a que se refieren las letras (a) y (b), no se establece la necesidad de que la entidad objeto de la operación o *target* tenga ventas o activos en Chile.



108. En virtud de ello, podrían verse alcanzadas por los requisitos del artículo 48 operaciones que evidentemente no tengan presencia, nexo o impacto alguno en Chile. Así, por ejemplo, es posible que dos empresas que tienen ventas en Chile por encima de los umbrales pero que se están asociando para llevar adelante un *joint venture* en otro país, el cual además no exportará a Chile, se vean obligadas a notificar innecesariamente dicha operación a la FNE.

109. Para resolver el problema antes expuesto, se propone que el referido artículo 48 establezca dentro de los requisitos que generan la obligación de notificar, que la operación tenga impacto en Chile. Una forma de lograr lo anterior es que se incorpore como un tercer requisito para determinar el umbral el monto de las ventas del *target* en Chile. Alternativamente, en la letra (b) se puede exigir que uno de los agentes que tengan ventas en Chile debe ser el *target* de la operación.

110. Con respecto al mismo artículo 48, algunos miembros de la Comisión plantean que debería explicitarse en qué momento se entiende que se produce el perfeccionamiento de una operación de concentración para evitar que las empresas tengan incertidumbre acerca del momento en que corresponde notificar una operación a la FNE, particularmente considerando que se establecen multas periódicas por cada día de retraso.

111. Finalmente, respecto de las operaciones que por estar bajo de los umbrales no sean notificadas a la FNE, se dispone que la FNE tendrá 1 año para instruir una investigación conforme al artículo 39 letra (a), el cual no impone límites de plazo para que la FNE concluya la investigación. Estimamos que este tipo de operaciones no debiese recibir un trato perjudicial respecto de las operaciones que tienen que notificarse obligatoriamente por superar los umbrales. En consecuencia, la FNE debiese aplicar el procedimiento contemplado en el nuevo título IV, *mutatis mutandi*, también respecto de estas operaciones.

4. Establecimiento de un período de vacancia para la entrada en vigencia de los umbrales, cada vez que se modifiquen

112. Como se corre el riesgo que los umbrales se modifiquen con un fin oportunista, con el solo objeto de abarcar una operación que, bajo los parámetros de la reglamentación vigente, no debería consultarse en forma previa, se propone fijar en la ley un período de vacancia, no inferior a tres meses, entre que se dicte un nuevo Reglamento en que se modifiquen los umbrales y la fecha de su entrada en vigencia.

5. Causales de procedencia del recurso de revisión especial

113. Especial atención se ha puesto en el hecho que el Proyecto de Ley limite la procedencia del recurso especial de revisión únicamente a la resolución del Fiscal Nacional



Económico que prohíba la operación de concentración y que no se haya establecido para aquellas resoluciones que impongan medidas de mitigación distintas a las ofrecidas por las partes.

114. En efecto, el artículo 57 del Proyecto de Ley prescribe que dentro del plazo establecido para conocer de la operación, el Fiscal Nacional Económico puede (a) aprobar la operación en forma pura y simple; (b) aprobar la operación a condición de que se dé cumplimiento a las medidas ofrecidas por el notificante o *que el Fiscal Nacional Económico estime pertinentes (...)*; o (c) prohibir la operación notificada.

115. Adicionalmente, la misma norma establece que *“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”*.

116. Así, el recurso de revisión especial sólo puede ser interpuesto en contra de la resolución que prohíba la operación y no en contra de la resolución que la apruebe, pero sujeta a ciertas medidas de mitigación distintas a las ofrecidas por las partes.

117. Sobre el particular, se estima que el Proyecto de Ley debiese contemplar una instancia para que las partes involucradas pudiesen discutir las medidas de mitigación eventualmente propuestas por el Fiscal Nacional Económico. Si dichas medidas sólo pueden ser (a) aceptadas en forma pura y simple por los notificantes, o (b) rechazadas por éstos, lo cual acarrearía la prohibición de la operación, se advierte que se generan incentivos para sobre mitigar la operación, ya que aun cuando las medidas que puede proponer el Fiscal Nacional Económico sean excesivas, las partes quedarán atrapadas en el dilema de aceptarlas pura y simplemente o recibir un rechazo total, incluso cuando haya consenso sobre la viabilidad de la operación y la disputa sólo se refiera a las mitigaciones.

118. Otro aspecto que se echa de menos en el Proyecto de Ley es la fijación de un plazo fijo para que el TDLC deba fallar el recurso de revisión especial, contado desde la vista de la causa. Ello aportaría en la certeza que se busca con el establecimiento de este procedimiento.

119. Así, se propone en definitiva que las partes puedan interponer el recurso de revisión especial ante el TDLC cuando la operación sea aprobada condicionada al cumplimiento de medidas de mitigación que no hayan sido aceptadas por las partes y que dicho recurso deba ser resuelto por el TDLC dentro del plazo de 30 días desde la vista de la causa, la que debe tener lugar dentro de los 30 días siguientes a la interposición del recurso.

120. Cabe hacer presente que el Proyecto de Ley no ha señalado la naturaleza del recurso de revisión especial ni qué normas le son aplicables supletoriamente.



6. Sanciones por infracción al artículo 3 bis (a)

121. El artículo 3 bis (a) del Proyecto de Ley hace aplicable el régimen general de sanciones del DL 211, consagrado en su artículo 26, a quienes (a) infrinjan el deber de notificación del artículo 48 del Proyecto de Ley; (b) perfeccionen la operación notificada mientras esté suspendida de conformidad con el artículo 49 del Proyecto de Ley; (c) incumplan las medidas de mitigación que hubieren podido acordarse; o (d) perfeccionen una operación que fue prohibida por la FNE o el TDLC.

122. Por su parte, el Proyecto de Ley también pretende modificar el inciso segundo del actual artículo 26 del DL 211, aumentando el tope de la multa allí establecida de 20.000 unidades tributarias anuales 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”*.

123. Atendido que a la Comisión le parece excesiva la imposición de una multa de la magnitud indicada para las infracciones señaladas en el artículo 3 bis (a) del Proyecto de Ley, se propone que las infracciones al nuevo Título IV que el Proyecto de Ley agrega al DL 211 tengan un régimen sancionatorio especial, acorde a la naturaleza preventiva del procedimiento de control allí consagrado.

124. Así, no debiese hacerse aplicable el régimen de sanciones que contempla el artículo 26, sino consagrar sanciones especiales que guarden proporcionalidad y sean adecuadas para sancionar dichas infracciones.

125. Por otra parte, en caso de no notificar una operación de concentración que debía ser notificada, se establece una multa periódica de hasta 20 UTA por cada día de retardo desde el perfeccionamiento de la operación. Sin embargo, no queda claro cuándo se dejaría de contar este plazo si la notificación nunca se practica: hasta que se presenta el requerimiento de la FNE, hasta que se notifica a los demandados, o incluso, hasta que exista sentencia definitiva firme en la causa. Tampoco queda claro cómo coexiste esta multa con la multa que se aplica según el artículo 26 por la misma infracción.

7. La adopción de un estándar sustantivo en virtud del cual las operaciones de concentración serán analizadas

126. Actualmente las operaciones de concentración son indeseables únicamente en la medida que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o que tiendan a producir dichos efectos.



127. El Proyecto de Ley introduce un estándar sustantivo específico y diferenciado para resolver acerca de una operación de concentración, determinado por la “*reducción sustancial de la competencia*”.

128. Algunos miembros de la Comisión estiman que al requerirse una afectación “sustancial” de la competencia, se está estableciendo un requisito de grado que es superior al que existía previamente conforme al estándar general del artículo 3° del DL 211, bajo el cual basta con cualquier afectación a la libre competencia, por mínima que sea. En consecuencia, se trata de un avance en esta materia.

129. Otros miembros estiman, por el contrario, que el estándar propuesto podría implicar la medición de las operaciones de concentración con una regla más rigurosa que el estándar establecido en el artículo 3°. En consecuencia, operaciones que no infrinjan la libre competencia podrían ser rechazadas si se aplica este nuevo estándar.

130. Ello podría ocurrir, por ejemplo, en operaciones de concentración que no otorgan poder de mercado, pero que disminuyen el número de partícipes en el mismo. A modo ilustrativo, en un mercado en que existen 6 partícipes, de los cuales dos tienen una participación cercana a 50% y 30% respectivamente, y los otros cuatro se reparten el 20% restante con un 5% cada uno, si estos últimos decidieran fusionarse y crearan un nuevo agente económico, la competencia en dicho mercado podría verse *sustancialmente reducida* desde una perspectiva estructural, pero lo cierto es que dicha operación de concentración no otorgaría poder de mercado a sus intervinientes. Bajo el nuevo test sustantivo, la autoridad podría suponer entonces que en un mercado donde sólo existen tres actores sería más fácil coludirse que en uno donde existen seis y rechazar la operación condenando a los pequeños actores e impidiéndoles alcanzar las economías de escalas que los facultarían para disputar en mejor pie el mercado a los líderes.

8. Modificación de las medidas de mitigación una vez aprobada la operación

131. El Proyecto de Ley omite regular las variables que pueden surgir después de fijadas las medidas de mitigación o condiciones a las que se sujeta la aprobación de una operación de concentración. En Estados Unidos y la Unión Europea existe cierta flexibilidad para otorgar mayores plazos para el cumplimiento de las condiciones fijadas y para modificar medidas que no han podido ser cumplidas cuando se demuestra buena fe y diligencia por parte de la empresa fusionada.

132. Si se trata de un mayor plazo para cumplir con las condiciones fijadas, se propone que la FNE sea la encargada de otorgarlo en un procedimiento expedito, siempre que se demuestre la buena fe y diligencia de la empresa fusionada, y la imposibilidad de llevar a cabo la condición dentro de plazo.



133. En caso de modificaciones a las condiciones fijadas, la FNE o el TDLC, en caso de haber intervenido este último, deberían poder modificar o incluso eliminar una condición en un procedimiento expedito que dé garantías a los intervinientes, sin que sea necesario revisar toda la operación de concentración nuevamente.

9. Aspectos procedimentales

a. Plazos para la tramitación del procedimiento de dos fases ante la FNE

134. La Comisión considera positiva la fijación de plazos acotados para la revisión de las operaciones de concentración por parte de la FNE ya que ello contribuye a generar mayor certeza y eficiencia en el desarrollo de los negocios. Sin embargo, considerando que no se contempla un aumento en los funcionarios de la FNE, es posible que los plazos fijados en el Proyecto de Ley para la revisión de las operaciones de concentración sean demasiado breves, generando un incentivo perverso para que la FNE abra una segunda etapa respecto de aquellas operaciones que por falta de tiempo no alcanzó a revisar adecuadamente dentro de la primera etapa.

b. Establecer expresamente que el procedimiento de consulta ante la FNE se rige, en subsidio de lo establecido en el DL 211, por las normas de la Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos

135. Con el fin de otorgar certeza a los intervinientes respecto a sus derechos y obligaciones, así como para establecer garantías mínimas que deberán ser respetadas por la FNE en la sustanciación del procedimiento, se propone establecer expresamente que las normas de la Ley N° 19.880 rigen en forma supletoria para el procedimiento de control de fusiones u operaciones de concentración.

c. Aplicación del procedimiento establecido en el nuevo Título IV a la generalidad de los asuntos de carácter no contencioso

136. La Comisión propone que este nuevo procedimiento no se circunscriba al nuevo Título IV que el Proyecto de Ley pretende agregar al DL 211, sino que pueda aplicarse (realizando los cambios que sean necesarios, *mutatis mutandi*, en consideración a la naturaleza de los asuntos que se someterían al mismo) al ejercicio de las atribuciones a que se refiere el número 2) del artículo 18 del DL 211, reemplazando, por consiguiente, el procedimiento contemplado en su actual artículo 31.

137. A mayor abundamiento, se sugiere modificar el art. 38 de la Ley de Prensa, de tal forma que las operaciones que deben ser notificadas a la FNE en virtud de dicha ley, de ser éstas rechazadas, proceda ante el TDLC el recurso de revisión especial, y no el procedimiento no contencioso de consulta establecido en el artículo 31 del DL 211.



d. Posibilidad de bloqueo por parte de la FNE

138. Resulta recomendable modificar la potestad de la FNE para bloquear operaciones de concentración. En este sentido, del total de operaciones analizadas por agencias extranjeras, sólo un porcentaje menor han sido bloqueadas o desafiadas. En razón de lo anterior y considerando los objetivos buscados por el Proyecto de Ley, resulta adecuado establecer que la FNE no tenga la potestad para bloquear las operaciones de concentración más riesgosas, sino que ella misma deba iniciar un procedimiento ante el TDLC en caso que, después de haber tramitado el procedimiento de dos fases contemplado en el nuevo Título IV, concluya que la operación de concentración notificada es de aquellas que reduciría sustancialmente la competencia. De esta forma el peso de la acción y de la prueba recaerá sobre la FNE, la que deberá demostrar que la operación particular se encuentra entre aquellas excepciones en que la operación puede reducir sustancialmente la competencia en los mercados en que recae.



III. REFORMAS ORGÁNICAS, PROCESALES Y MATERIAS NO CONTENIDAS EN EL PROYECTO DE LEY

139. El presente capítulo sintetiza las opiniones, comentarios y sugerencias de la Comisión de Libre Competencia del Colegio de Abogados de Chile A.G., en relación a las modificaciones propuestas por el Proyecto de Ley en asuntos de carácter orgánico, procesal y otras materias no contenidas en el mismo.²⁶

140. En particular, la Comisión sugiere que en la discusión del Proyecto de Ley se examinen y evalúen los siguientes temas:

1. ¿Es conveniente quitar al TDLC la facultad de efectuar recomendaciones normativas que actualmente consagra el artículo 18 N° 4 del DL 211?
2. Reconsideración y fortalecimiento la potestad consultiva del TDLC
3. Protección del secreto profesional

141. Lo anterior, según se expone a continuación.

1. ¿Es conveniente quitar al TDLC la facultad de efectuar recomendaciones normativas que actualmente consagra el artículo 18 N° 4 del DL 211?

142. El actual artículo 18 N° 4 del DL 211 entrega al TDLC la facultad de proponer al Poder Ejecutivo la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de aquéllos que sean necesarios para promover y defender la competencia.²⁷

143. El Proyecto de Ley propone quitar al TDLC la referida facultad y traspasarla a la FNE²⁸. Según se señala en el Mensaje, el traspaso de la facultad de efectuar

²⁶ Se adjuntan como anexo a la presente las minutas enviadas por miembros de la Comisión que analizan con detención estas materias. En particular, se presentaron minutas con comentarios preparadas por los siguientes miembros: M. Isabel Díaz y Cristián Reyes; Nicole Nehme y Diego Hernández; y Benjamín Grebe, Alberto González y Manfred Zink.

²⁷ Señala la referida norma lo siguiente: “Artículo 18°.- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: [...] 4) 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”.

²⁸ El Proyecto de Ley propone incorporar el siguiente literal q) al artículo 39 del DL 211, que establece las atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico: “g) 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



recomendaciones normativas desde el TDLC a la FNE constituye “*un necesario complemento a la facultad de realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados*”, que el mismo Proyecto de Ley otorga a la FNE, agregando que el propósito de ello es “*darle un curso más eficiente y expedito a tales propuestas, que se encontrarán debidamente fundadas en base a los estudios [...] que lleve a cabo dicho organismo*”.

144. La Comisión recomienda que no se prive al TDLC de la atribución en comento. Entre otras razones, se trata de una labor propia de la promoción de la libre competencia que le encomienda el DL 211 en sus artículos 1º y 2º, en línea con las mejores prácticas internacionales en este ámbito y lo aconsejado por la OCDE, “*que disponen que una labor fundamental de las autoridades de libre competencia es promover los principios de libre competencia en la dictación, derogación o modificación de leyes y políticas públicas*”.²⁹

145. Asimismo, tal como informó la Excma. Corte Suprema a la Comisión de Economía de la H. Cámara de Diputados, el TDLC es el organismo “*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, [...] lo que le hace apto para proponer modificaciones legales y reglamentarias en orden a promover la libre competencia*”.³⁰

146. Finalmente, cabe señalar que el TDLC ha aplicado prudencialmente esta atribución, permitiendo la participación de todos los interesados, de manera pública, transparente y flexible, de modo que no se observa por qué razón podría ser beneficioso privar al TDLC de la facultad de efectuar recomendaciones normativas.

147. En subsidio, se sugiere que se establezca un procedimiento especial para el ejercicio de la facultad de recomendación normativa por parte de la FNE, que incorpore –al menos– los siguientes aspectos: (i) que la facultad pueda ser ejercida por la FNE de oficio, a petición de un tercero que justifique un interés legítimo o a solicitud de una autoridad concernida en la materia, de modo que la misma no quede restringida a la sola discreción de la FNE; (ii) que la iniciación del respectivo proceso esté dotado de mecanismos de publicidad; (iii) que los interesados y autoridades concernidas en la respectiva materia, puedan acceder a los antecedentes del expediente respectivo, hacer presentaciones e impugnar las decisiones que la FNE; y (iv) que el inicio del respectivo proceso sea también comunicado al TDLC, de modo que de oficio o a petición de parte pueda decidir iniciar un procedimiento abreviado para el ejercicio por parte de ese Tribunal de la facultad de recomendación normativa.

condiciones no competitivas. Este tipo de proposiciones tendrán siempre como antecedente una investigación o un estudio sobre la evolución competitiva de los mercados”.

²⁹ Resolución de Término N° 109/2013, “*Expediente de Recomendación Normativa Artículo 18 N°4 D.L. N°211 sobre Conferencias Navieras*”, autos Rol ERN N° 14-2012, TDLC (10 de abril de 2013), § 185.

³⁰ Excma. Corte Suprema, “*Informe Proyecto de Ley 14-2015. Antecedente: Boletín No 9950-03*” (Oficio N° 52-2015, de 28 de abril de 2015).



2. Reconsideración y fortalecimiento la potestad consultiva del TDLC

148. La potestad consultiva, actualmente consagrada en el artículo 18 N° 2 del DL 211,³¹ es una herramienta muy importante para entregar certeza jurídica en los mercados, pues el derecho de la libre competencia se caracteriza por contar con amplias “zonas grises”. En efecto, la existencia de dicha herramienta se justifica en el hecho de que resulta esperable que las consultas al TDLC, empleadas como un “mecanismo de intervención preventivo del Estado en la actuación de los agentes económicos, sea una opción menos costosa socialmente que la actividad sancionatoria *ex post*, toda vez que contribuye a reducir los costos asociados a la incertidumbre acerca de las reglas que rigen el intercambio económico y aquellos que son generados por los procesos judiciales destinados a establecer responsabilidades por presuntas infracciones a la ley y por la aplicación de sanciones”³²

149. Sin embargo, en nuestro país esta potestad se encuentra subutilizada. Por este motivo, la Comisión recomienda el establecimiento de un nuevo procedimiento –o, al menos, el perfeccionamiento del procedimiento actual– que tenga por objeto resolver dudas acerca de la adecuación de hechos, actos o contratos con la normativa de libre competencia, con la finalidad de otorgar un grado razonable de seguridad jurídica a los agentes económicos y un control preventivo eficiente sobre el funcionamiento de los mercados.

150. En opinión de esta Comisión, una herramienta efectiva para incentivar y hacer operativa la potestad consultiva del TDLC, debiese contar con las siguientes características: (i) limitar la legitimación activa, tal como propone el Proyecto de Ley en su artículo Primero N° 7, letra a), de modo que sólo puedan plantear una consulta ante el TDLC 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; (ii) establecer plazos breves para la participación de las partes y para la resolución del asunto; y (iii) contemplar un sistema recursivo limitado, que permita a los interesados impugnar resoluciones sólo en caso de que se observen abusos graves y calificados.

³¹ El artículo 18 N° 2 del DL 211 dispone que el TDLC tendrá dentro de sus atribuciones y deberes “[c]onocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”.

³² Javier Velozo y Daniela González, “Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia” en “La Libre Competencia en Chile del Bicentenario”, Ed. Thomson Reuters. 2011, pp. 26-27.



3. Reconsideración y fortalecimiento la potestad consultiva del TDLC

151. Conforme al artículo 39, letra h), del DL 211, la FNE tiene la facultad de solicitar a los particulares las informaciones y antecedentes que estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique. Asimismo, conforme a la letra j) de dicho artículo, la FNE también puede llamar a declarar, entre otros, a los representantes, asesores y dependientes de las entidades o personas que puedan tener conocimiento o estar relacionados con las materias objeto de una investigación.

152. A este respecto, el Proyecto de Ley, en su artículo Primero, N° 13, letra d), agrega dos párrafos a la letra h), disponiendo sanciones corporales para quienes den información falsa y facultándola para requerir del TDLC la aplicación de multas por cada día de atraso en la entrega de la información o antecedentes requeridos. Asimismo, en su artículo Primero, N° 13, letra e), agrega un párrafo final a la letra j), estableciendo que la FNE podrá requerir del TDLC la aplicación de multas a quien injustificadamente no comparezca a declarar habiendo sido citado.

153. Asimismo, tanto las personas indicadas en la letra h) como las señaladas en la letra j), ambas del artículo 39, que no cumplan con lo dispuesto por el FNE y con ello entorpezcan una investigación, podrán, además de aplicárseles las sanciones ya vistas, ser apremiadas con hasta 15 días de arresto aplicados por el juez en lo criminal competente, a solicitud de la FNE.

154. Pues bien, aun cuando en el ejercicio de las “facultades intrusivas” señaladas en la letra n) deben respetarse diversas disposiciones del Código Procesal Penal (“CPP”) que establecen garantías destinadas a resguardar aspectos importantes del secreto profesional, así como el inciso 4 de la letra n) del artículo 39 del DL 211 protege expresamente a las comunicaciones entre abogado y cliente de la interceptación telefónica³³, es necesario que consignar lo siguiente:

- (i) Las normas del CPP referidas sólo son aplicables en los casos de la letra n) del artículo 39, y no respecto de las demás atribuciones del FNE, como, por ejemplo, las mencionadas en las letras h) y j) del mismo artículo 39; y
- (ii) En ninguna parte del DL 211 ni en el Proyecto de Ley se recoge el derecho/deber básico de todo abogado, de no estar obligado a prestar declaración, de palabra o por escrito, sobre circunstancia que hubiere conocido en el ejercicio de su profesión.

³³ “Sin perjuicio de lo anterior, la Fiscalía no podrá interceptar las comunicaciones entre el sujeto investigado y aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado”.



155. Vistas las atribuciones actuales del FNE, las que se verán reforzadas con las nuevas disposiciones del Proyecto de Ley de ser él aprobado, se considera indispensable incorporar en el Proyecto de Ley disposiciones destinadas a proteger el secreto profesional, de similar naturaleza a las que contiene al respecto el CPP, pero con algunas protecciones efectivas al deber y derecho del secreto profesional de los abogados.

156. En particular, se propone consagrar expresamente disposiciones similares a las señaladas en los artículos 217, 220, 222, 303 y 304 del CPP, pero aclarando que todo tipo de comunicación abogado-cliente, aún en poder del cliente, no debe ser objeto de requerimiento de información ni de incautación y, en caso de producirse esta última sin conocimiento, de estar sujeta a secreto profesional, debe ser inmediatamente ignorada y destruida o devuelta según corresponda a su titular. Esta protección, finalmente, debería operar tanto respecto de abogados externos como de abogados internos que por su cargo desempeñen efectivamente una labor de asesoría legal a la empresa.



IV. CONCLUSIONES

157. El Proyecto de Ley es necesario y oportuno, Y representa una positiva oportunidad para fortalecer nuestro sistema de defensa de la libre competencia.

158. Respecto a las reformas en materia de colusión y régimen de sanciones, la Comisión coincide con el Proyecto de Ley en cuanto a que robustecer y fomentar la detección, desestabilización y sanción de carteles es una materia prioritaria en la defensa de la libre competencia, siendo beneficioso incorporar herramientas útiles para tales efectos.

159. Sin embargo, con ese mismo objetivo esta Comisión sugiere que las modificaciones propuestas por el Proyecto de Ley en materia de colusión y régimen de sanciones sean reexaminadas, pues varias de ellas podrían ser ineficaces o, incluso, contraproducentes para la libre competencia. En particular, se recomienda lo siguiente:

- (i) No eliminar el poder de mercado como requisito para sancionar la colusión;
- (ii) No criminalizar la colusión y que se apliquen a las personas naturales las sanciones administrativas y pecuniarias que existen en la legislación actual (con los ajustes que correspondan en materia de límites y forma de cálculo). En su defecto, la Comisión recomienda que se reexamine el tipo propuesto por el Proyecto de Ley, que la querrela sólo pueda presentarse con posterioridad a que exista una condena en el TDLC y que se reduzcan las penas, al menos en su límite mínimo;
- (iii) Que se reexamine la posibilidad de ejercer la acción de clase para reclamar indemnizaciones de perjuicio con motivo de infracciones a la libre competencia, de modo de evitar que se vulnere el principio *non bis in idem*.
- (iv) Eliminar la sanción propuesta de prohibir a las empresas infractoras contratar a cualquier título con órganos de la administración del Estado hasta por cinco años desde que la sentencia quede ejecutoriada;
- (v) La Comisión concuerda en que es necesario reevaluar el actual límite máximo de las multas. Sin embargo, el aumento propuesto en el Proyecto de Ley es excesivo, al punto las multas aplicadas en Chile podrían ser las más altas del mundo. Asimismo, se propone que se elija un único método de cálculo de multas y no dos alternativos, como actualmente propone el Proyecto de Ley; y
- (vi) La Comisión concuerda con la necesidad de fortalecer la delación compensada y se recomienda la derogación de los artículos 285 y 286 del Código Penal.

160. La Comisión concuerda con el Proyecto de Ley respecto a la necesidad y pertinencia de establecer en nuestra legislación un régimen específico de control de operaciones de concentración, actualmente inexistente. Asimismo, la mayoría de la



Comisión considera adecuado que el sistema elegido corresponda a un régimen de control previo y obligatorio, así como también se considera correcto, en términos generales, el procedimiento descrito en el Proyecto de Ley.

161. Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión considera conveniente que se reexaminen y perfeccionen aspectos sustanciales de la regulación propuesta. En particular, se recomienda lo siguiente:

- (i) Que se precise y acote la definición de “operación de concentración” contenida en el artículo 47, por ser ésta muy amplia y ambigua;
- (ii) Que dentro de los requisitos que generan la obligación de notificar, se incluya en el artículo 48 el que la operación tenga impacto en Chile;
- (iii) Que se reexamine el recurso de revisión especial, de modo que proceda no sólo contra la resolución que prohíba la operación, sino también contra aquella que la apruebe con sujeción a medidas de mitigación distintas a las ofrecidas por las partes;
- (iv) Que en virtud de principio de proporcionalidad, se aplique un régimen especial de sanciones a las infracciones formales que ocurran respecto del procedimiento de control de operaciones de concentración, y no el régimen contemplado en el artículo 26, como propone actualmente el Proyecto de Ley; y
- (v) Que no se le entregue a la FNE la potestad de rechazar directamente operaciones de concentración, sino que en tal caso la FNE deba iniciar un procedimiento impugnando la operación ante el TDLC.

162. En relación a las modificaciones propuestas por el Proyecto de Ley en asuntos de carácter orgánico, procesal y otras materias no contenidas en el mismo, la Comisión recomienda lo siguiente:

- (i) Que no se prive al TDLC de la facultad de efectuar recomendaciones normativas;
- (ii) Que se fortalezca la potestad consultiva del TDLC, mediante la implementación de un procedimiento más expedito; y
- (iii) Que se adopten regulaciones que, atendidas las nuevas facultades de la FNE, permitan proteger el secreto profesional de los abogados. Particularmente, se propone que se consagren en el DL 211 expresamente disposiciones similares a las señaladas en los artículos 217, 220, 222, 303 y 304 del Código Procesal Penal.



COLEGIO DE ABOGADOS
DE CHILE A.G.

Esperamos que el presente informe sea de utilidad y pueda constituir un aporte en la discusión del Proyecto de Ley. Quedamos a disposición del Congreso para responder cualquier duda o comentario que puedan requerir.

Asimismo, se adjuntan como anexos a este informe minutas con comentarios preparadas por miembros de la Comisión para su discusión en las sesiones sostenidas.

Sin otro particular, le saluda atentamente,

Julio Pellegrini Vial
Presidente de la Comisión de Libre Competencia
Colegio de Abogados de Chile A.G.



COLEGIO DE ABOGADOS
DE CHILE A.G.

ANEXOS

MULTAS - Colusión

HOY:

Multa máxima de 30.000 UTA, es decir, aproximadamente USD \$ 31,64 millones (UTA 2015, TC 2013, para hacerlo comparable con los datos que se tienen).

PROPUESTA:

- 2 veces el beneficio de la colusión (sólo se puede calcular caso a caso).
- 30% de las ventas de la empresa en caso de no poder calcularse fácilmente el beneficio.

¿Cuánto significa el 30% de las ventas y las 30.000 UTA para las empresas de Chile?

TODAS LAS EMPRESAS: (en base a año comercial y monedas de 2013, ver Tabla 1)

- Ventas promedio son de USD \$ 884.597 para todas las empresas, con lo que una multa del 30% de sus ventas sería de USD \$ 265.379 para una empresa promedio.
- Las grandes empresas, que representan el 0,75% del total de empresas y el 80,5% de las ventas totales, tienen ventas promedio por USD \$ 57,01 millones. Una multa del 30% de las ventas sería de USD \$17,1 millones.
- El resto de las empresas, el 99,25% restante, tiene ventas promedio por USD \$ 0,16 millones, lo que implicaría una multa de USD \$ 48.000 si se aplicara la lógica del 30% de las ventas.
- No se tiene información relativa a los márgenes o EBITDA de todas las empresas, pero sí se observa que la gran mayoría no podría pagar una multa de 30.000 UTA con las ventas de un período (sólo algunas de las “Grandes 3” y “Grandes 4”, pero ninguna de las otras empresas).

EMPRESAS IPSA: (datos de memorias 2013, ver Tabla 2)

- El IPSA (Índice de Precios Selectivo de Acciones) considera a las 40 empresas más líquidas del mercado chileno que están listadas en la Bolsa de Santiago.
- Las estadísticas se construyeron en base a la información reportada en las memorias, mostrándose los estados consolidados a menos que se especificaran los resultados por separado para Chile en la memoria. Esto implica que muchos de los resultados contemplan operaciones en mercados distintos al chileno.
- **Ventas promedio:** USD \$ 4.190 millones. Hay gran dispersión en los montos absolutos de ventas: la que más vende, Antarchile, vende USD \$ 24.346 millones; la que menos vende es Parque Arauco Chile con USD \$ 153 millones.
- En promedio, el 30% de las ventas para estas empresas es de USD 1.257 millones al año, lo que supera ampliamente la multa de 30.000 UTA.
- TODAS las empresas del IPSA venden sobre 30.000 UTA.

- CASI TODAS las empresas del IPSA marginan sobre 30.000 UTA. Lo mismo con el EBITDA. La única excepción es CSA Vapores porque tiene pérdidas.
- **Margen promedio (%):** 29,3% (con desviación estándar de 22,3%).
El margen promedio nos permite ver la utilidad que genera el negocio en su ámbito netamente operacional. No considera los gastos de administración y ventas, entre otros.
- **EBITDA sobre Ventas promedio (%):** 21.8% (con desviación estándar de 16.7%).
El *ratio* EBITDA/Ventas nos permite tener una noción de cuál es la capacidad generadora de flujos de la empresa. Un ratio más alto nos dice que la empresa “se queda” con una mayor proporción de las ventas.
- **Efectivo (o equivalentes) sobre ventas promedio (%):** 23,7% (con una desviación estándar del 29,5%), lo que indica que no todas podrían pagar el 30% de sus ventas con su Efectivo o equivalente. De hecho, solo 9 de las 40 empresas tienen este ratio sobre el 30%, siendo 6 de ellas Bancos (o la Sociedad Matriz para el caso del Banco de Chile).
El *ratio* Efectivo/Ventas nos dice de la capacidad generadora de caja de la empresa. Es similar al anterior, pero es aún más exigente.

Conclusiones y Comentarios:

- En promedio, la dimensión del castigo es muchísimo mayor a la sanción previa a la propuesta para empresas de gran tamaño como las del IPSA.
- Existe la necesidad de separar las empresas según el mercado afectado por la conducta, si no, se estará castigando a los holdings y se crea un incentivo a separar las empresas, perdiendo potenciales economías de escala.
- También surge la necesidad de considerar las zonas donde opere el ilícito (ya sea por país o zona dentro de Chile), de lo contrario nuevamente se estará castigando a holdings que ofrecen sus negocios en diferentes zonas o regiones y que no necesariamente están coludidos en todas ellas.
- Las empresas del IPSA tienen porcentaje de margen bruto o de EBITDA sobre ventas muy diferentes (con desviaciones estándar de 22,3 y 16,7% respectivamente), lo que indica que la sanción impactaría mucho más a unas empresas que a otras.
- De acuerdo a la experiencia internacional, se sugiere evaluar la posibilidad de establecer una multa base para castigar el acuerdo, aún si no se han percibido todavía beneficios económicos o ventas producto del acuerdo.

FUSIONES – Umbrales de Consulta

HOY:

Consulta semi-voluntaria: no es obligación consultar, pero una vez perfeccionada la operación de concentración la FNE puede revisarla. En cualquiera de los dos casos, sea que se consulte o no, las empresas que se fusionan deben acoger la sentencia del TDLC (o de la Corte Suprema en última instancia), ya sea que se apruebe o no la fusión o que se apruebe con algunas medidas de mitigación.

PROPUESTA:

Deben consultar para fusionarse cuando al menos dos de las empresas involucradas en la operación, tengan ventas individuales (del período anterior) superiores a USD \$ 14 millones, y/o si las empresas que se fusionan tienen ventas conjuntas superiores a USD \$ 83 millones.

Se mantiene la posibilidad de la FNE de revisar fusiones que no era obligatorio consultar, y la obligación de acatar la sentencia de la autoridad.

Legislación Comparada:

- La legislación de **Estados Unidos** además de tener umbrales de qué porcentaje de la empresa se está comprando (del patrimonio) para que sea obligatorio consultar, tiene umbrales para una de las partes con ventas de al menos USD \$ 152,5 millones, y para la otra parte que se fusiona un mínimo de ventas (o activos) de USD \$ 15,3 millones. Estos umbrales corresponden a los de 2015, y se ajustan por crecimiento económico.
- La legislación de la **Comunidad Europea (CE)** indica que deben notificarse obligatoriamente las fusiones que tengan un resultado operacional conjunto (neto de IVA) de al menos €5.000 millones en sus operaciones mundiales, o de €500 millones si es que en al menos tres países de la CE el resultado operacional conjunto (neto de IVA) es de €100mm. También deben consultar las empresas que tengan un resultado operacional conjunto (neto de IVA) mayor a €250mm; o en caso contrario si en al menos tres países de la CE dicho resultado conjunto de al menos tres de las empresas que se fusionan es mayor a €25mm Y dicho resultado conjunto en la CE de al menos dos de las empresas es mayor a €100mm.
- Además en la CE la legislación es diferente para los bancos.

Conclusiones y Comentarios:

- Todas las empresas del IPSA tienen ventas sobre USD \$ 14 millones, y de hecho sobre USD \$ 83 millones, por lo que siempre deberán consultar fusiones.

- La legislación de Estados Unidos y de la Comunidad Europea contempla umbrales de consulta de ventas individuales y de ventas conjuntas, pero también agrega un umbral mínimo a la otra parte que se fusiona.
- Bajo el criterio existente, todas las empresas del IPSA (y una buena parte de las empresas clasificadas como Grandes por el SII) deben consultar CADA VEZ que adquieren alguna empresa independiente de su tamaño.
- Necesidad de establecerse un umbral mínimo de ventas de la otra parte par que no se consulten compras demasiado pequeñas, especialmente debido a los costos que significa analizar cada fusión.
- Debido a que el negocio de los bancos es el movimiento de dinero, sus ventas superan con creces a las del resto de las empresas (al menos en base a datos del IPSA), por lo que podría considerarse esta diferencia en el establecimiento de los umbrales, tal como se hace en Europa.
- Puede considerarse hacer reajustes a los umbrales por crecimiento económico (o similar), tal como se hace en Estados Unidos.
- Puede considerarse la zona en que operan las empresas que se van a fusionar, pues USD 14 millones puede ser un monto bajo para una multinacional.
- Si se observa la relación de estos umbrales con el PIB per cápita o PIB total (Tablas 3 y 4), se encuentra que en términos de la relación con el PIB per cápita, Chile tendría un *ratio* muy similar al de la Comunidad Europea y se alejaría del *ratio* de Estados Unidos, tanto para el umbral de ventas individuales como el umbral de ventas conjuntas. Por otro lado, si se observa el *ratio* umbral/PIB Total, Chile tendría un *ratio* muy por debajo de Estados Unidos y la Comunidad Europea para ambos umbrales. Es decir, Chile tendría umbrales más altos que EEUU y CE, sin consideramos el nivel de riqueza de dichos países o regiones.
- Si se analiza la relación de los umbrales con las ventas promedio en USA, se obtiene que tanto para el umbral individual como para el umbral conjunto, los ratios de ambos países serían similares (Tabla 4).
- En Europa se toman en cuenta las diferencias en los márgenes de las empresas (usando el resultado operacional neto de IVA), lo que podría considerarse en este proyecto.

Tabla 1. Monto de ventas y número de trabajadores de todas las empresas de Chile en 2013, según las estadísticas de empresas reportadas por el SII

TAMAÑO SEGÚN VENTAS	Año Tributario 2014						
	(Año comercial 2013)						
	N° de Empresas	Monto de Ventas (miles de UF)	Participación en las Ventas (% sobre el monto total)	N° Trabajadores Dependientes Informados	Remuneraciones de Trabajadores Dependientes (miles de UF)	Ventas Promedio (miles de UF)	Ventas Promedio (millones de dólares)
MICRO 1	248.469	19.613	0,10%	63.197	13.128	0,079	0
MICRO 2	178.857	66.258	0,34%	100.970	12.055	0,370	0
MICRO 3	220.440	277.639	1,44%	380.891	48.073	1,259	0
PEQUEÑA 1	84.808	294.473	1,52%	391.143	37.470	3,472	0
PEQUEÑA 2	53.993	379.379	1,96%	513.580	48.168	7,026	0
PEQUEÑA 3	41.080	637.486	3,30%	814.468	92.355	15,518	1
MEDIANA 1	16.851	589.193	3,05%	666.599	79.084	34,965	2
MEDIANA 2	10.041	704.825	3,65%	732.181	100.321	70,195	3
GRANDE 1	5.722	800.116	4,14%	704.248	98.920	139,832	6
GRANDE 2	4.553	1.532.192	7,93%	1.094.740	170.244	336,524	16
GRANDE 3	1.043	807.494	4,18%	455.184	84.479	774,203	36
GRANDE 4	2.006	13.221.163	68,40%	2.226.224	663.521	6590,809	306
Total general	1.014.482	19.329.832	100%	8.709.993	1.626.18	19,054	0,885

Fuente: Estadísticas de empresas del SII

**Tabla 2. Recopilación de información financiera de 2013 de las empresas que componen el IPSA
(MM Usd 2013)**

Nemotécnico	Empresa IPSA	Peso Relativo 2015	Ingreso por Ventas	Costo de Ventas	Margen Bruto	% Margen/ Ventas	EBITDA	% EBITDA/ Ventas	Efectivo o Equivalentes	% Efectivo/ Ventas	Activo Corrientes	Pasivos Corrientes	Capital de Trabajo
AESGENER	AES GENER S.A.	2,09%	2.245	1.735	510	23%	623	28%	708	31,5%	1.216	892	324
AGUAS-A	AGUAS ANDINAS S.A., SERIE A	2,58%	813	55	758	93%	500	61%	78	9,6%	269	445	-176
ANDINA-B	EMBOTELLADORA ANDINA S.A. SERIE B	1,12%	965			0%	207	21%		0,0%			
ANTARCHILE	ANTARCHILE S.A.	2,20%	24.346	21.143	3.203	13%	1.994	8%	1.629	6,7%	6.014	3.543	2.471
BANMEDICA	BANMEDICA S.A.	1,08%	1.906	1.485	421	22%	190	10%	421	22,1%	494	605	-112
BCI	BANCO DE CREDITO E INVERSIONES	3,23%	3.195	1.514	1.681	53%	798	25%	3.455	108,1%			
BESALCO	BESALCO S.A.	0,17%	793	736	57	7%	86	11%	33	4,2%	534	406	128
BSANTANDER	BANCO SANTANDER-CHILE	4,88%	4.813	2.633	2.180	45%	1.051	22%	3.837	79,7%			
BUPACL	BUPA CHILE S.A.	0,36%	1.075	866	209	19%	62	6%	78	7,3%	243	285	-42
CAP	CAP S.A.	0,54%	1.431	788	643	45%	679	47%	46	3,2%	442	517	-75
CCU	COMPANIA CERVECERIAS UNIDAS S.A.	2,39%	2.419	1.084	1.334	55%	516	21%	827	34,2%	1.654	827	827
CENCOSUD	CENCOSUD S.A.	4,47%	7.980			0%	795	10%		0,0%			
CHILE	BANCO DE CHILE	3,37%	4.566	2.112	2.453	54%	1.290	28%	3.108	68,1%			
CMPC	EMPRESAS CMPC S.A.	4,64%	4.974	3.949	1.026	21%	964	19%	927	18,6%	3.489	1.138	2.351
COLBUN	COLBUN S.A.	4,06%	1.696	1.260	436	26%	352	21%	260	15,4%	744	342	402
CONCHATORO	VINA CONCHA Y TORO S.A.	1,39%	961	629	332	35%	112	12%	26	2,7%	877	398	479
COPEC	EMPRESAS COPEC S.A.	8,77%	24.339	21.137	3.202	13%	1.979	8%	1.508	6,2%	5.884	3.398	2.486
CORPBANCA	CORPBANCA	3,17%	2.614	1.397	1.217	47%	551	21%	2.682	102,6%			
ECL	E.CL S.A.	1,20%	1.207	1.048	159	13%	252	21%	122	10,1%	648	244	404
EMBNOR-B	COCA-COLA EMBONOR S.A. SERIE "B"	0,31%	820	513	307	37%	146	18%	39	4,8%	215	205	11
ENDESA	EMPRESA NACIONAL DE ELECTRICIDAD S.A.	7,57%	4.096	1.679	2.417	59%	1.978	48%	654	16,0%	1.950	2.502	-551
ENERSIS	ENERSIS S.A.	10,29%	12.655	6.241	6.415	51%	4.548	36%	3.245	25,6%	7.871	6.023	1.848
ENTEL	EMP. NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES S.A.	1,75%	3.290	1.932	1.358	41%	944	29%	39	1,2%	1.148	1.041	107
FALABELLA	S.A.C.I. FALABELLA	5,54%	12.524	8.276	4.249	34%	1.823	15%	1.308	10,4%	5.450	3.540	1.910
FORUS	FORUS S.A.	0,64%	251	100	151	60%	65	26%	12	4,8%	197	43	154
GASCO	GASCO S.A.	0,82%	2.006	1.448	558	28%	505	25%	122	6,1%	403	363	39
IAM	INVERSIONES AGUAS METROPOLITANAS S.A.	1,06%	814	55	758	93%	498	61%	81	10,0%	272	447	-175
ILC	INVERSIONES LA CONSTRUCCION S.A.	0,63%	1.402	1.075	327	23%	252	18%	351	25,0%	466	350	116
LAN	LATAM AIRLINES GROUP S.A.	5,81%	12.925	10.054	2.870	22%	1.686	13%	1.985	15,4%	4.980	6.509	-1.530
PARAUCO	PARQUE ARAUCO S.A.	1,84%	153				115	75%		0,0%			
QUINENCO	QUINENCO S.A.	1,00%	4.151	3.673	478	12%	133	3%	3.889	93,7%	1.819	914	905

RIPLEY	RIPLEY CORP S.A.	0,72%	1.858	993	866	47%	170	9%	181	9,7%			
SALFACORP	SALFACORP S.A.	0,34%	2.141	1.936	204	10%	141	7%	62	2,9%	1.204	846	358
SECURITY	GRUPO SECURITY S.A.	1,39%	1.435	1.034	401	28%	161	11%	706	49,2%	12.869	11.955	914
SK	SIGDO KOPPERS S.A.	0,57%	2.953	2.331	622	21%	409	14%	214	7,2%	1.251	845	406
SM-CHILE B	SOCIEDAD MATRIZ BANCO DE CHILE, SERIE B	2,11%	4.566	2.110	2.455	54%	1.292	28%	3.108	68,1%			
SMSAAM	SOCIEDAD MATRIZ SAAM S.A.	0,74%	479	367	112	23%	94	20%	49	10,2%	202	129	72
SONDA	SONDA S.A.	1,65%	1.358	1.071	287	21%	230	17%	345	25,4%	795	414	381
SQM-B	SOC QUIMICA MINERA DE CHILE S.A. SERIE B	2,68%	2.203	1.482	721	33%		0%	477	21,6%	2.455	723	1.732
VAPORES	COMPANIA SUD AMERICANA DE VAPORES S.A.	0,80%	3.206	3.210	-4	0%		0%	202	6,3%	598	763	-166
PROMEDIO		2,50%	4190,61	3058,13	1226,36	29,3%	741,85	21,8%	994,94	23,7%	23,7%	1633,92	516,10

Fuente: Elaboración propia en base a memorias 2013 de cada empresa

Tabla 3. Indicadores comparados de Ventas, PIB y Umbrales de Control de fusiones

<i>Cifras en US\$ 2013</i>	Comunidad Europea	Estados Unidos	Chile
Ventas promedio (con IVA)	-	US\$ 1,18 millones	US\$ 0,88 millones
PIB per cápita 2013	US\$ 35.210,7	US\$ 52.985,5	US\$ 21.991,4
PIB Total 2013	US\$ 17.904.601,2 millones	US\$ 16.768.050 millones	US\$ 386.098,5 millones
Umbral mínimo de ventas individuales	€25 millones (€ 2010) US\$ 33,4 millones (2013)	US\$ 15,3 millones	US\$ 14 millones
Umbral mínimo de ventas conjuntas	€100 millones (€ 2010) US\$ 133,38 millones (2013)	US\$ 167,8 millones	US\$ 83 millones

Tabla 4. Ratios de los umbrales de control de fusiones con variables relevantes

Ratios en base a US\$ 2013	Comunidad Europea	Estados Unidos	Chile
Ventas promedio/ Umbral individual		0,07712	0,06286
Ventas promedio/ Umbral conjunto		0,00703	0,01060
PIB per cápita*1000/ Umbral individual	1,05599	3,46310	1,57081
PIB per cápita*1000/ Umbral conjunto	0,26400	0,31577	0,26496
PIB Total/ (1mm* Umbral individual)	0,53697	1,09595	0,02758
PIB Total/ (1mm* Umbral conjunto)	0,13424	0,09993	0,00465

Santiago, 07 de mayo de 2015

Comentarios al Proyecto de Ley que pretende introducir modificaciones en el Decreto Ley N° 211 de 1973 (Boletín N° 9950-03), en lo relativo a las normas sobre colusión y régimen de sanciones.

A continuación, presentamos nuestras observaciones al 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*” (el “Proyecto”), en relación a múltiples aspectos referentes a dos de los más importantes temas abordados por éste, a saber, i) las normas que introducen modificaciones en el tratamiento dado a la colusión y ii) los distintos cambios que se proponen en relación al régimen de sanciones.

I. Eliminación del poder de mercado como requisito para sancionar la colusión.

Una de las modificaciones más relevantes del Proyecto en materia de colusión, es la eliminación de toda referencia al poder de mercado de la letra a) del artículo 3 del Decreto Ley N° 211 (“DL 211”), transformando a la colusión en una conducta anticompetitiva *per sé*.

Aun considerando que el Mensaje del Proyecto (el “Mensaje”) señala que el tipo infraccional de la colusión se adapta a las hipótesis de los llamados “carteles duros”¹ y su alusión al tratamiento de

¹ Según el Mensaje del Proyecto, los denominados carteles duros (*hardcore cartels*), “*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*”.

conducta anticompetitiva *per sé* que se daría a dichos carteles en el derecho comparado, no estamos de acuerdo con la modificación propuesta.

En primer lugar no parece conveniente ni justo privar a quienes son acusados, de una conducta tan grave como la colusión, de la posibilidad de defenderse en base a evidencia económica de que el supuesto acuerdo no produjo o no tenía la potencialidad de haber producido efectos anticompetitivos en un determinado mercado relevante. De hecho, el propio Gobierno en su Mensaje necesita hacer alusión a la falta de justificación pro-competitiva, pero cuando se elimina esta última alusión (justificación pro-competitiva), la descripción de la conducta y del tipo penal abarca una serie de conductas lícitas que no deben ser sancionadas.

Atendida la imposibilidad de describir un cartel duro sin hacer referencia a elementos normativos como el poder de mercado o la falta de justificación pro-competitiva, una descripción de la conducta que omita estos elementos, constituirá una descripción desmedida que acarreará graves sanciones a personas que pueden estar desempeñando conductas legítimas, en algunos casos pro-competitivas, y en otros casos, conductas que si bien constituyen acuerdos de fijación de precios entre competidores, por la falta de relevancia de las partes que celebran el acuerdo, no tienen ni la aptitud potencial de afectar la libre competencia.

El Mensaje alude a dos supuestas ventajas de adoptar un sistema en que la colusión es anticompetitiva *per sé*. La primera sería que es un esquema que permite ahorrar costos, en vista de que *“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”*. La otra ventaja consistiría en la señal que se envía al mercado de que *“bajo ninguna circunstancia pueden incurrir en conductas que tan gravemente atentan contra la libre competencia en los mercados”*.

Sin embargo, quitarle al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) la necesidad de hacer esta ponderación, que es parte de la ponderación habitual que realiza en materia de libre competencia, más que ahorro de recursos, implica una distorsión de la descripción de la conducta que debe ser sancionada.

A mayor abundamiento, existen otros mecanismos que simplifican la tarea probatoria y que no implican una descripción como conducta ilícita de conductas que pueden ser lícitas, a saber, una

alteración de la carga de la prueba, denominada en otros países como “*quick look*”, es decir, si se prueba por ejemplo un acuerdo de precios entre competidores, la conducta se presume ilícita, pero será tema del demandado demostrar que la conducta es inocua o pro-competitiva para ser absuelto.

No pareciera que un tema de costos y envío de señales disuasivas justifique la adopción de normas que en la práctica puedan derivar en injusticias, castigando a quienes cuya conducta no produjo ni hubiese podido producir efectos en el mercado, sobre todo si hay formas eficientes y más proporcionadas para atacar el problema, como el “*quick look*” ya mencionado.

II. Aumento en el máximo de las multas.

a. Aplicación de la modificación a todas las conductas anticompetitivas.

En primer lugar, se debe señalar que el aumento en el tope máximo de las multas aplicables a una conducta anticompetitiva es un tema en el que el texto del Proyecto no se condice con el del Mensaje.

Contrariamente a lo señalado en el Mensaje, que trata el aumento en el monto máximo de las multas en el apartado “Reformas en materia de colusión”, el Proyecto pretende modificar el artículo 26 del DL 211 de forma tal de que el nuevo esquema de montos máximos de las multas sea aplicable no solo a la colusión sino que a todas las conductas anticompetitivas, alterando el esquema vigente, en que las conductas colusivas están sujetas a una multa que tiene un tope más alto que las demás.

No estamos de acuerdo con que se apliquen las mismas multas a todas las conductas anticompetitivas. Independientemente de los montos, creemos que un esquema como el actual, en que se castiga de manera diferente a conductas cuya valoración es distinta², es más adecuado que el propuesto en el Proyecto.

² El propio Mensaje señala que “*la colusión entre competidores ha sido unánimemente reconocida como la conducta más dañina en contra de la libre competencia*”, por lo que parece contradictorio que el Proyecto proponga que se le aplique la misma multa que a todas las otras conductas anticompetitivas.

b. Doble del beneficio económico obtenido, si puede ser determinado, o 30% de las ventas del período durante el cual la infracción se haya prolongado.

El Proyecto pretende modificar el límite máximo de las multas aplicables a las conductas anticompetitivas. En particular, se propone pasar de un esquema en que la multa máxima es, por regla general, de 20.000 UTA (aproximadamente US\$ 17 millones), pudiendo llegar en casos de colusión a un máximo de 30.000 UTA (aproximadamente US\$ 25.6 millones), a un esquema en que no se hace ninguna diferencia entre la colusión y demás conductas anticompetitivas, y en el que el monto máximo de la multa ascendería hasta el doble del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción, o, en caso que éste no pueda ser claramente determinado por el Tribunal, al 30% de las ventas del infractor correspondientes al período durante el cual la infracción se haya prolongado.

Desde ya debemos señalar que el aumento en el límite máximo de las multas nos parece excesivo. En particular, surgen los siguientes comentarios respecto a los dos posibles límites máximos aplicables:

Doble del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción.

- En primer lugar, creemos que determinar claramente el beneficio económico obtenido con motivo de una conducta anticompetitiva es muy difícil, razón por la que, seguramente, la gran mayoría de las veces el aplicado será el límite consistente en el 30% de las ventas del infractor durante el período en que tiene lugar la infracción.
- En caso que el beneficio económico obtenido por el infractor pudiese ser claramente determinado, el Proyecto no resuelve la especie de pre-juicio que ello podría significar en relación a las eventuales demandas civiles por indemnización de perjuicios.
- El Proyecto tampoco resuelve qué sucedería en un caso en que, habiendo más de un demandado, se puede determinar claramente el beneficio económico obtenido por una parte de ellos. En ese caso, ¿se sanciona a algunos con el límite del doble del beneficio obtenido y a los otros se les aplica el límite del 30% de las ventas? A todas luces pareciera que tal diferencia derivaría en una clara injusticia.

30% de las ventas del infractor correspondientes al período durante el cual la infracción se haya prolongado.

Creemos que un límite máximo de multas de un 30% de las ventas es excesivo por las siguientes razones:

- No hay ninguna empresa en Chile que pueda hacer frente a una multa que llegue al 30% de sus ventas anuales, mucho menos si se trata de las ventas de un período más extendido, por lo que se podría llegar a la paradoja de que esta multa afecte la libre competencia, al producir la insolvencia de agentes que se verían obligados a dejar de competir en el mercado.

Para verificar la afirmación anterior, decidimos realizar un análisis acotado de cierta información contenida en los estados financieros correspondientes al ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2013 de las 40 empresas que componen el IPSA, quienes supuestamente son las que debiesen tener la mayor capacidad de soportar una multa como la propuesta en el Proyecto.

Tomamos los datos relativos a i) los ingresos por actividades ordinarias; ii) las ganancias antes de impuestos; iii) la ganancia o pérdida del ejercicio; iv) el patrimonio total; v) efectivo y equivalentes al efectivo y vi) el pasivo circulante o corriente. A continuación calculamos el porcentaje que representaba cada uno de ítems señalados sobre el total de los ingresos, comparándolo con el porcentaje de 30% de la multa propuesta. El análisis corroboró que el tope de la multa propuesta es de una magnitud capaz de invalidar financieramente a una empresa del IPSA, en consideración a que, en mediana:

- El patrimonio total de una empresa del IPSA equivale al 86,16% de las ventas anuales. Por consiguiente, el tope de la multa propuesta equivaldría a más de un tercio del patrimonio total de la empresa, si el período de la infracción fuera solo un año
- El pasivo circulante o corriente de una empresa del IPSA equivale al 31,76% de las ventas anuales. En consecuencia, el tope de la multa propuesta equivaldría aproximadamente al pasivo circulante de la empresa, duplicándolo, si el período de la infracción fuera solo un año.

- La caja de una empresa del IPSA equivale al 10,04% de las ventas anuales. De este modo, el tope de la multa propuesta no sólo agotaría la caja de la sociedad, sino que la obligaría a liquidar activos o endeudarse para cubrir el 20% restante, con las complicaciones adicionales que (i) la multa ya es equivalente al pasivo circulante, y (ii) sería sumamente difícil conseguir financiamiento en el mercado para pagar el remanente, si el período de la infracción fuera solo un año.
- Las utilidades del ejercicio equivalen al 7,15% de las ventas anuales. Si bien este ítem en particular es eminentemente variable no sólo por empresa, sino también por ejercicio, la mediana indica que una empresa del IPSA logra obtener menos del 10% de sus ingresos operacionales como utilidad líquida, por lo que el tope de la multa propuesta triplicaría dicho porcentaje, si el período de la infracción fuera solo un año.

En definitiva, una empresa infractora condenada a pagar una multa ascendente al 30% de las ventas anuales obtenidas durante el período en que la infracción se haya prolongado sufriría i) la pérdida de su caja, ii) la duplicación de su pasivo circulante, iii) la reducción de su patrimonio total en un tercio, y iv) la conversión de sus eventuales utilidades en pérdidas. Según nuestros cálculos un monto máximo de multas de un 10% de las ventas anuales del infractor, que sigue siendo alto, constituiría el límite máximo que una empresa promedio podría llegar a pagar sin caer en insolvencia, al corresponder a la mediana de la caja que tienen disponible.³

- El Proyecto no circunscribe las ventas a ningún producto o territorio determinado. Sería del todo recomendable que la multa se calcule en base a un porcentaje que diga relación con las ventas del producto a propósito del cual se cometió la infracción respectiva e indispensable que se refiera únicamente a las ventas en Chile⁴. En caso contrario, se corre el riesgo de que las multas aplicadas en Chile sean las más altas del mundo, por ejemplo, si la sancionada es una empresa que comercializa diferentes productos a nivel mundial. A mayor abundamiento, la sanción no guardará relación alguna con el monto obtenido con motivo de la infracción.

³ Atendido que los períodos de infracción normalmente superan un año, el cálculo anterior es muy conservador.

⁴ Hacemos presente que queda pendiente la definición de qué debiese entenderse por “ventas en Chile”.

- El Proyecto señala que el 30% de las ventas se calculará en base a aquellas realizadas durante el cual la infracción se haya prolongado. Creemos que nuevamente se cae en un exceso. La multa, independiente de los cuestionamientos al porcentaje específico, debiese calcularse en base a las ventas anuales.
- Finalmente, es interesante considerar que en la Unión Europea, a cuya legislación el Mensaje cita como ejemplo en cuanto a la determinación de la multa a partir de un porcentaje de las ventas, contempla un límite adicional que disminuye los efectos desproporcionados que podría implicar la aplicación de una multa como la concebida en el Proyecto. En efecto, la legislación europea en la materia establece que la multa no pasará del 10% del volumen de negocios anual global de la empresa⁵.

c. Los Organismos Públicos no pagan multa.

Es sabido que no sólo los privados, sino que también los Organismos del Estado pueden vulnerar la libre competencia, por ejemplo mediante una licitación concebida y/o llevada a cabo de forma anticompetitiva.

En dicho escenario, es conveniente que exista la posibilidad de que dichos organismos puedan ser objeto de la aplicación de multas. Creemos que el Proyecto no contempla esa posibilidad al configurar multas basadas en el beneficio económico o en las ventas, parámetros no aplicables a los entes aludidos.

d. Posibilidad de pagar la multa en cuotas.

Adicionalmente a los diversos comentarios expresados en relación a las multas y dado que éstas pudiesen ser de gran entidad, creemos que el Proyecto debiese contemplar la posibilidad de que éstas se puedan pagar en cuotas.

e. Remisión de artículo 3 bis a multas de artículo 26 del DL 211.

El art. 3 bis que el Proyecto pretende introducir en el DL 211 hace aplicable el régimen general de sanciones del artículo 26 a quienes i) infrinjan el deber de notificación del art. 48; ii) perfeccionen la operación notificada mientras esté suspendida de conformidad con el art. 49 del Proyecto; iii)

incumplan las medidas de mitigación que hubieren podido acordarse; o iii) perfeccionen una operación que fue prohibida por la FNE o el TDLC.

Sin perjuicio de que nos referimos de manera más profunda a este tema en el documento en que hacemos comentarios al nuevo régimen de control de fusiones, conviene señalar que consideramos que las infracciones al nuevo Título IV que el Proyecto agrega al DL 211 debiesen tener un régimen sancionatorio especial, donde infracciones formales, como la falta de notificación de una operación, el quebrantamiento de una medida de mitigación u otros, que no generan un impacto negativo en la libre competencia en términos sustantivos, sean sancionadas con multas inferiores que den cuenta del carácter formal de la infracción. Solamente cuando dicha infracción a su vez impacte sustancialmente la libre competencia, se debiera poder sancionar con las multas de carácter sustantivo. Por ejemplo, una operación materializada sin notificarse, a pesar de la obligación de hacerlo, debiese tener una multa inferior por la transgresión procesal, si la operación es inocua desde el punto de vista de la libre competencia y, por el contrario, si su materialización afecta la libre competencia, entonces se podrá imponer la multa más alta por infracción sustantiva.

III. Sanción adicional en caso de colusión: prohibición de contratar a cualquier título con Órganos de la Administración del Estado hasta por 5 años desde que sentencia quede ejecutoriada.

El Proyecto propone que en los casos de colusión, además de las medidas del artículo 26 del DL 211, se introduzca una sanción adicional, consistente en la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la Administración del Estado hasta por el plazo de 5 años desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

Supuestamente, la sanción referida impediría que la persona que ha sido parte de un cartel se beneficie de recursos públicos. Sin embargo, estimamos que en la práctica esta sanción perjudica al Estado. Por ejemplo, a propósito del bullado “caso pollos”, ¿No sería una sanción para el Estado el obligarlo a importar pollo al impedirle la adquisición a productores locales supuestamente coludidos? Por otra parte, ¿Qué pasaría si el coludido es el proveedor de un bien que el Estado no puede obtener por otra vía, como sería, a modo ejemplar, un medicamento patentado?

⁵ Ver documento de la Comisión Europea que explica aplicación de multas por infracciones a la libre

IV. Criminalización de la colusión.

No estamos de acuerdo con la criminalización de la colusión prevista en el Proyecto. Lo anterior, por diversos motivos que serán desarrollados en este apartado y que se pueden resumir en la alta probabilidad de que se cometan injusticias.

a. Derecho Penal de *última ratio* y buen funcionamiento del sistema sancionatorio actual.

El esquema de sanciones administrativas para las infracciones a la libre competencia instaurado el año 2004 ha funcionado bien. No hay ninguna duda de que el esquema actual, basado en multas y otras medidas como la modificación de actos y contratos ha funcionado mucho mejor que el anterior, en que se contemplaban sanciones penales. La FNE es un organismo técnicamente preparado, con facultades intrusivas en materias de colusión, que ha tenido éxito desbaratando carteles⁶ y el TDLC tiene una sofisticación económica y jurídica que le han permitido realizar análisis sofisticados en estas materias.

En este escenario, cambiar la dirección adoptada el 2004 re-criminalizando la colusión no parece conveniente, más aún si no existen evidencias concluyentes respecto a que un sistema con sanciones penales vaya a ser más eficiente que uno basado en sanciones administrativas (por ejemplo, multas e inhabilidades). Lo anterior se vuelve particularmente relevante si se considera que una de las principales características del Derecho Penal es que se trata de un derecho de *última ratio*, rasgo que implica que debe ser el último instrumento al que se recurra para proteger determinados bienes jurídicos, debiendo evitarse su aplicación si es que los objetivos de disuasión buscados pueden alcanzarse a través medios menos gravosos. No hay estadísticas concluyentes en cuanto a que el sistema estadounidense, que contempla la criminalización, sea más eficiente desbaratando carteles que un sistema administrativo con sanciones fuertes, como el sistema europeo.

En efecto, en un sistema como el chileno, más parecido al europeo, con organismos especializados, a diferencia del estadounidense que contempla jueces con jurisdicción general, existe un riesgo que

competencia, disponible en http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_es.pdf

⁶ De hecho, de las 9 sentencias dictadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia durante el año 2014, 7 fueron por colusión. De las 7 sentencias por colusión, 6 fueron llevadas adelante por la FNE y en todas hubo sentencia condenatoria.

las garantías del proceso criminal y el mayor estándar de prueba, puedan generar dificultades que entrapen la labor de la FNE y el TDLC en su persecución de carteles.

b. Adiestramiento de jueces penales y fiscales en temas económicos.

No es recomendable legislar introduciendo normas aplicadas en países con instituciones y características no replicables en nuestro país. En particular, el Mensaje argumenta, a favor de criminalizar la colusión, que legislaciones como la de Estados Unidos la sancionan con pena de cárcel. La verdad es que los jueces norteamericanos tienen mucha más experiencia en temas de índole económica como la colusión, estando mejor calificados para enfrentarse a dichos casos que sus pares chilenos, que por no estar habituados al análisis de materias económicas podrían resolver de forma errada. Los mismos comentarios son aplicables a los fiscales del Ministerio Público, que no cuentan con la preparación en temas de libre competencia con el que cuenta el Departamento de Justicia en el caso de Estados Unidos.

c. Tipo penal del artículo 286 bis del Código Penal.

El Proyecto intenta solucionar la falta de adiestramiento en análisis económico de los jueces penales mediante una descripción típica que describe conductas sin ninguna referencia al carácter anticompetitivo de las mismas.

La descripción típica es deficiente porque describe como crímenes conductas ilícitas pero también conductas lícitas y el único elemento para discriminar entre unas y otras será el buen o mal criterio de la FNE, quien, según el Proyecto es el único que puede ejercer la acción penal.

Un diseño institucional donde ciudadanos que realizan actividades legítimas y que no afectan la libre competencia pueden ser sancionados como criminales, según la decisión del Fiscal Nacional Económico de turno, vulnera nociones básicas de justicia y posiblemente derechos humanos fundamentales.

El Proyecto pretende introducir el siguiente artículo 286 bis en el Código Penal:

“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”.

Hay una serie de comentarios que deben hacerse en relación al artículo recién transcrito. En primer lugar, el tipo penal es demasiado amplio. Uno de los principales problemas que vemos en la criminalización de la colusión es lo difícil que es fraguar un tipo que no abarque conductas no colusivas. Lamentablemente, el tipo propuesto por el Proyecto está concebido de forma amplísima⁷, sin ninguna exigencia de que una determinada conducta sancionada tenga, al menos, la potencialidad de producir efectos anticompetitivos y abarcando hipótesis que en la práctica pueden aplicarse a situaciones del todo legítimas y pro-competitivas.

Supuestamente, la sanción penal se limitaría a las hipótesis de “carteles duros”, pero tal como está previsto hoy en el Proyecto, el artículo 286 bis podría ser utilizado para sancionar, aunque parezca ilógico, i) a dos competidores que forman un consorcio para postular a una licitación; ii) a un grupo de bancos en el marco del otorgamiento de un crédito sindicado; iii) a competidores que para abaratar costos se asocian para comprar insumos para sus productos o iv) a proveedores que

⁷ De ninguna forma se cumple con lo que dice el Mensaje, en el sentido de que “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”.

celebraran contratos de distribución en que asignan determinados territorios a distintos distribuidores.

Insistimos en lo inconveniente que pareciera criminalizar la colusión, pero si finalmente se decide criminalizarla debería hacerse a través de un tipo mucho más acotado y preciso que el propuesto en el Proyecto, que a diferencia de éste, si esté limitado a las hipótesis de “carteles duros”, para lo cual, inevitablemente se requiere la incorporación de elementos normativos en el tipo que le exigirán al juez penal hacer una ponderación económica de la conducta.

Adicionalmente, es necesario hacer un comentario relativo a los verbos rectores. Hay un exceso de verbos utilizados, que no hacen más que generar confusión respecto a quién puede ser sancionado y por qué. Proponemos la eliminación de los verbos “*implemente, ejecute u organice*”, dejando únicamente el verbo “*celebre*”. Finalmente y con el objeto de dar mayor certeza jurídica y evitar injusticias, proponemos que se exija dolo directo, de manera que se sancione a aquél que “*a sabiendas celebre un acuerdo (...)*”.

d. Derogación de artículos 285 y 286 del Código Penal.

Si bien no estamos de acuerdo con la criminalización de la colusión contenida en el artículo 286 bis del Código Penal, en caso que ese sea el camino que finalmente se adopte, creemos conveniente que se deroguen los artículos 285 y 286 del Código Penal, o que se establezca de forma expresa que aquellos no aplican para la colusión. De lo contrario, se estaría dejando una puerta abierta para que el Ministerio Público persiga supuestas colusiones, pasando por alto la intención del Proyecto de que la acción penal para perseguir dichas conductas recaiga exclusivamente en el Fiscal Nacional Económico.

e. Pena de reclusión mayor en su grado mínimo.

El Proyecto castiga a quienes incurrir en las conductas previstas en el artículo 286 bis (definidas de forma amplísima) con una pena de reclusión mayor en su grado mínimo, es decir entre 5 años y 1 día y 10 años. Dicha pena es del todo excesiva.

En primer lugar, el Mensaje señala que las legislaciones de Estados Unidos y Canadá contemplan penas similares a la referida en el párrafo anterior. Pues bien, vale la pena aclarar que en Estados

Unidos, la “UNITED STATES SENTENCING COMMISSION GUIDELINES MANUAL”⁸, que guía los cálculos de pena que los jueces hacen en sus sentencias contemplan, como pena base recomendada para para infracciones criminales a la Libre Competencia a la de 10 a 16 meses⁹. Por otro lado, en Canadá, si bien es cierto que la Competition Act contempla penas de cárcel de hasta 14 años, la realidad indica que las penas impuestas a sujetos que han infringido las normas de libre competencia han variado entre algunos meses y un año¹⁰.

Adicionalmente, cabe señalar que lo excesiva de la pena no dice relación únicamente con lo que ocurre en el derecho comparado, sino que también con la falta de proporcionalidad en relación a otros delitos de nuestra legislación. Podemos señalar, a modo ejemplar, que la pena de la colusión coincide con el límite inferior de la pena aplicable a delitos como el infanticidio¹¹.

Finalmente, quisiéramos hacer dos comentarios. En primer lugar, que una pena tan alta podría atentar contra los objetivos perseguidos por la legislación, por cuanto una pena percibida como evidentemente injusta puede llevar a que los jueces se resistan a aplicarla y, en consecuencia, haya una tasa de absolución relevante en casos de colusión. En segundo lugar, que pareciera el artículo fue pensado de manera de evitar cualquier posibilidad de cumplimiento de la pena en libertad, motivación bastante cuestionable, dado que no se ve por qué los sancionados por colusión no debiesen acceder a dichos beneficios.

f. Pena accesoria del artículo 286 bis.

La parte final del artículo 286 bis que el Proyecto pretende agregar en el Código Penal contempla una pena accesoria a la prisión, consistente en que ésta “*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*

⁸ Disponible en <http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2014/GLMFull.pdf>

⁹ Las infracciones a la libre competencia tienen un “nivel base 12”, que está sancionado con penas de 10 a 16 meses de cárcel. Ver página 307 del documento disponible en el link citado en el pie de página anterior, en relación a la tabla de su página final.

¹⁰ ANNAN, Richard y GOLDMAN, Calvin, “*Canada: Cartel Enforcement. The Antitrust Review of the Americas* 201. Global Competition Review, 2015”, disponible en <http://globalcompetitionreview.com/reviews/63/sections/214/chapters/2545/canada-cartel-enforcement/>.

¹¹ El artículo 394 del Código Penal establece que “*Cometen infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, matan al hijo o descendiente, y serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio*”.

directivo en asociaciones o colegios profesionales, por un plazo de cinco años contados desde que la sentencia definitiva quedare ejecutoriada”.

No somos contrarios a que las inhabilidades se utilicen como sanción contra quienes cometen colusión. De hecho, creemos que una posibilidad a explorar debiera ser que la pena referida pudiera ser aplicada por el TDLC, eliminando la cárcel y la intervención de los tribunales criminales.

Sin perjuicio de lo señalado, creemos que el juez debiese ser libre de aplicar o no la pena y de graduarla, cuestión que no ocurre en el Proyecto, que obliga al juez a aplicarla, contemplando que debe tener una duración de 5 años.

g. Investigación de hechos que pudieren ser constitutivos de delito previsto en artículo 286 bis solamente puede iniciarse por querrela de FNE.

Una vez más, manifestamos que la colusión no debiese ser criminalizada. Ahora bien, en caso de que se criminalice, estamos de acuerdo en que la acción penal esté radicada en la FNE y que ni el Ministerio Público ni cualquier particular puedan dar inicio a un proceso penal.

De todas formas, hacemos presente que es del todo inconveniente que un sistema sancionatorio esté concebido de manera tal que la decisión de si un delito se persigue o no recaiga en un solo sujeto, como el Fiscal Nacional Económico, que podría ser objeto de enormes presiones políticas y/o de la opinión pública respecto a perseguir o no penalmente a una determinada persona.

h. Investigación de la FNE.

- Pena por entrega de información falsa: el Proyecto propone que aquellos que entreguen información falsa en el contexto de una investigación de la FNE serán sancionados con una pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio. Creemos que esta norma debiese modificarse, estableciendo una sanción de multa y exigiendo dolo directo del actor (“a sabiendas”). De lo contrario, no producirá otro efecto que atentar contra la investigación de la FNE, fomentando a que los particulares no entreguen la información que les es requerida, por el temor a entregar información que pudiese ser falsa (no necesariamente quien entrega la información puede corroborar que lo que está entregando corresponde completamente a la realidad), lo que probablemente llevará a que las empresas y en particular los ejecutivos

principales se escuden en el derecho a no incriminarse para no entregar información preparada por subalternos y que no están en condiciones de asegurar que sea completamente correcta.

- Autoincriminación: el hecho de que la colusión se conciba como un crimen pudiese atentar contra las investigaciones de la FNE. El Proyecto no soluciona qué pasa con aquellos que se nieguen a entregar información, a prestar declaración, a absolver posiciones, etc., amparados en el derecho a no auto-incriminarse consagrado en el artículo 19 N°7 de la Constitución Política de la República. Si la colusión es un crimen o delito, tendrán una defensa al respecto para no entregar antecedentes.
- Principio de objetividad: el proyecto debiese contemplar que la FNE se sujete al principio de objetividad contemplado en el artículo 3 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público¹².

i. Fiscal Nacional Económico puede, discrecionalmente, interponer la respectiva querrela y/o presentar requerimiento ante el TDLC.

El Proyecto contempla que el Fiscal Nacional Económico, pueda, a su solo arbitrio, interponer la respectiva querrela y/o presentar requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pudiendo decidir en qué casos de eventuales colusiones corresponde perseguir a los infractores por la vía infraccional, criminal o ambas conjuntamente.

Esta norma puede dar paso a serias injusticias y discriminaciones. ¿Cuáles son los criterios que lleven a que el Fiscal decida pedir la multa para una persona y la pena para otra? Pudiera darse el caso que actores de conductas similares sean perseguidos unos por multas y otros por penas de cárcel. Incluso más, ¿qué impide que en un mismo caso el Fiscal pida multas para uno de los demandados y cárcel para otro?

Adicionalmente, tal como está concebido el Proyecto constituye un claro atentado contra el principio de *Non bis in idem* que rige en nuestro sistema sancionatorio, al existir la posibilidad de que una persona sea sancionada con multa en sede de libre competencia y cárcel en sede criminal, por los mismos hechos.

¹² Dicha disposición señala que “*en el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese*

V. Fortalecimiento de la delación compensada.

Considerando la criminalización de la colusión y la magnitud de la pena aplicable, y en aras de fomentar la utilización del mecanismo de delación compensada por los particulares, creemos que si se decide no otorgar ninguna reducción de la pena a quienes no son el primer postulante al beneficio referido, al menos se debiera dejar establecido que cuentan a con una atenuante muy calificada.

criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenuen”.

MINUTA

De:	CorreaGubbins.	Para:	Comisión de Libre Competencia del Colegio de Abogados.
Asunto:	Reformas en materia de colusión y modificación al sistema de sanciones, Proyecto de Ley N° de boletín: 9950-03 (Proyecto de Ley).	Fecha:	5 de mayo de 2015.

I. CRIMINALIZACIÓN DE LA COLUSIÓN

1) Amplitud tipo penal: Sugerimos modificar el tipo penal contemplado en el artículo 286 bis del Código Penal, que incorpora el Proyecto de Ley.

Mientras no exista mayor competencia y profundidad de la misma en esta economía más bien concentrada, como la chilena, concordamos con consagrar, como lo hace el Proyecto de Ley, un modelo de sanción *per se* de los denominados *carteles duros*.

No obstante lo anterior, creemos que la redacción propuesta es demasiado amplia, especialmente al dar pábulo a sancionar una serie de actos y conductas que, en última instancia, no lesionan de un modo relevante el bien jurídico protegido: *Libre Competencia*.

En efecto, el Proyecto de Ley no considera el “poder de mercado” como elemento subjetivo del tipo penal para configurar una colusión punible; lo que se traduce en que puedan ser actos y conductas sancionables una serie de situaciones y actores que no resultan jurídicamente relevantes desde la perspectiva del citado bien jurídico protegido.

De esta manera, se sugiere incorporar este elemento subjetivo al tipo penal y a la conducta antimonopólica a objeto de acotar la tipificación de los *carteles duros* a aquellos que efectivamente lesionen la competencia, estableciendo un umbral de gravedad que impida que la sanción *per se* sobrepase la capacidad operativa y la respuesta eficaz del sistema, recarga que es contraria a un uso

eficiente de los recursos humanos y financieros, eficiencia que debe orientar toda política pública.

A modo ilustrativo, se cree que un umbral pertinente para distinguir acuerdos sancionables es aquel que versa sobre la relevancia del producto, esto es, si es o no un objeto de primera necesidad para el consumidor final.

Esta proposición recoge la experiencia tanto del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (**TDLC**) como de la Fiscalía Nacional Económica (**FNE**), organismos que han establecido una graduación distinguiendo entre aquellos productos que pueden ser considerados de primera necesidad o parte de la canasta básica familiar y los que no.

En este sentido, en el conocido caso "Farmacias II" se declaró efectivamente que *"la colusión es aún más reprochable en el mercado objeto del acuerdo, en razón del bien afectado, puesto que los medicamentos son considerados un producto de primera necesidad"*¹.

Análogo raciocinio se tuvo en el llamado "Caso Pollos" en el que se consideró que *"la conducta imputada habría tenido incidencia directa en un producto que forma parte de la canasta básica de consumo de la mayor parte de los hogares chilenos"*².

Esta proposición se ve reforzada si consideramos que el criterio subyacente es considerado por el mismo Código Penal como agravante para efectos de decretar la pena de comiso en su artículo 286; y que, a mayor abundamiento, el mismo era considerado también como agravante en la redacción inicial del DL N°211, que sancionaba la colusión con penas de cárcel, regla que se mantuvo vigente hasta su eliminación por la Ley N°19.911 de 2003.

2) Legitimación activa: El inciso 1° del artículo 286 quáter del Código Penal del Proyecto de Ley concede la legitimación activa para deducir la querrela penal solo a la FNE.

¹ Sentencia Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de 31 de enero de 2012, rol N°119-2012, p. 10.

² Sentencia Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de 25 de septiembre de 2014, N°139-2014, p. 7.

Proponemos modificar dicho artículo reconociendo esta legitimidad también al Ministerio Público y a los afectados directos por la colusión, en virtud de las siguientes razones:

A) La FNE es un servicio público sometido a la supervigilancia del ejecutivo a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo³; por consiguiente, el riesgo político de que el Poder Ejecutivo intente restarle autonomía e independencia, por medio de esta atribución exclusiva y excluyente para interponer querellas, es una contingencia indeseada siempre presente. Y obviamente también lo es que este organismo quede sometido a influencias externas interesadas en que la FNE actúe en uno u otro sentido; rasgo que se aminora si el Ministerio Público y los afectados directos también están habilitados al efecto; y,

B) La modificación propuesta es coincidente con los criterios procesales aplicados a la regulación en materia de Mercado de Valores, que no prohíben tal intervención del Ministerio Público y de estos terceros.

Si comparamos el proceso de libre competencia con el que regula el mercado de valores no pareciera que existan diferencias que justifiquen un trato jurídico diverso.

3) Duplicidad de procedimientos y unificación jurisdiccional: De la redacción del inciso 3º del artículo 286 quáter del Proyecto de Ley, entendemos que la FNE podrá interponer la querella por el delito del artículo 286 bis de forma paralela y simultánea al requerimiento en la sede del TDLC.

Sin embargo, y según lo dispuesto por el artículo 29 del DL N°211, por aplicación supletoria del artículo 167 del Código de Procedimiento Civil podría ocurrir que el procedimiento ante el TDLC se suspendiera en caso que el pronunciamiento en sede penal tuviese "notoria influencia" sobre la decisión del TDLC.

³ Artículo 33 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (hoy Ministerio de Economía, Fomento y Turismo), que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973 (reconocido en esta minuta como **DL N°211**).

De esta forma, cada vez que la discusión y prueba del tipo penal en sede criminal cumpla con este requisito de “notoria influencia” del citado artículo 167, cabrá la posibilidad de suspender el procedimiento ante el TDLC hasta la dictación de sentencia condenatoria.

Si consideramos que el bien jurídico a proteger en ambas sedes será el mismo, esta posibilidad de suspender el procedimiento tendrá como inevitable consecuencia que la discusión del delito más importante para efectos de la libre competencia, se radique en la sede penal, limitándose –entonces– el accionar del TDLC a aplicar las respectivas multas a beneficio fiscal.

Ante esta eventualidad, se recomienda eliminar el ejercicio paralelo y simultáneo de acciones en sede de libre competencia y en la penal, unificando el conocimiento y resolución de la acción penal en el TDLC.

Así, se asegura que el análisis de la ilicitud se mantenga en el organismo especializado, esto es, el TDLC, evitando la existencia de jurisdicciones paralelas y dando –además– fundamentación económica a las condenas por delitos de colusión.

La aceptación de esta proposición implica adecuar la delación compensada a efecto de que ésta continúe siendo un instrumento procesal idóneo.

II. ACCIÓN DE CLASES

1) Acumulación de procesos: El inciso 5° del artículo 53 de la Ley N°19.946, que establece normas sobre protección de los consumidores (**LPC**), prescribe que los juicios individuales deberán acumularse a los juicios colectivos.

Aunque estamos a favor de esta acumulación, se plantea incluir en el Proyecto de Ley que el daño moral consecuente de la conducta antimonopólica puede ser determinado en el tribunal civil respecto del que ejerció la acción individual que resultó acumulada.

Sobre esta materia, se recuerda que en el N°2 del artículo 51 de la LPC se incluye tal limitación respecto de los legitimados activos en la acción de clase.

2) Multa a beneficio fiscal: La letra b) del artículo 53 C de la LPC contempla la aplicación de multa a beneficio fiscal por cada consumidor afectado.

Si es que no se acepta la unificación jurisdiccional sugerida precedentemente, se propone eliminar la sanción de multa a beneficio fiscal, pues el demandado ya habrá sido condenado en sede de libre competencia, vulnerándose el principio *non bis in ídem*, esto es, ser sancionado dos veces por la misma conducta.

Por lo demás, el juicio civil tiene por objeto el resarcimiento de los perjuicios sufridos por los afectados ante la conducta sancionada por el TDLC, y no la sanción infraccional.

- - - - -

Esperamos que nuestras sugerencias sean acogidas.

Juan Ignacio Correa A.

Carla López V.

Ignacio Ríos E.

JICA/CLV/IRE/phb

COMENTARIOS A LOS PUNTOS PROPUESTOS POR LOS GRUPOS I Y III.

REFORMA AL DL 211 DE 2015 (EL “PROYECTO”)

(Comisión de Libre Competencia del Colegio de Abogados de Chile)

(1) Tipificación: Eliminación del poder de mercado como requisito para sancionar la colusión; y, ajuste del tipo infraccional de colusión a las hipótesis de carteles duros.

- La eliminación para la infracción de colusión del requisito del artículo 3 letra a) del Decreto Ley No. 211 (“DL 211”), referido a que el acuerdo entre competidores debe generar “poder de mercado”, tendría el propósito de disminuir los costos y dificultad de acreditar procesalmente estas prácticas; y, de esta forma, aumentar la eficacia de la autoridad en su detección y sanción.
- Esta reforma acercaría nuestro sistema de protección de la libre competencia a la tradición de aplicar la regla “*per se*” a estas conductas, tal como ocurre en EE.UU.
- El requisito que se quiere eliminar es actualmente una herramienta para que tanto el *Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* (“TDLC”) como la Corte Suprema, consideren siempre la potencialidad de la conducta para dañar la competencia, en el caso concreto. Dado que la descripción de este tipo de acuerdos es muy amplia, consideramos erróneo que el Proyecto elimine este contrapeso jurisdiccional, que además es acorde a nuestro sistema de responsabilidad, donde se exige acreditar la reprochabilidad respecto de las infracciones e ilícitos.
- La jurisprudencia demuestra que tener que probar el elemento referido al “poder de mercado”, no ha sido un escollo que impida a la FNE lograr que se sancionen estos ilícitos; por el contrario, éste constituye un apoyo a la interpretación y al control judicial para entregar mayor certeza respecto de la tipificación de la figura de la colusión.
- A nivel internacional se ha venido aplicando un análisis *Quick Look*, en que se revisa si la conducta es de aquellas que no tienen justificaciones (acuerdos de cartel duro, descritas en la ley); sin embargo, al mismo tiempo, se admiten defensas que puedan variar tal calificación, con el fin de no incurrir en el error de sancionar conductas que podrían ser pro-competitivas. En la Unión Europea, por ejemplo, las figuras de colusión, que son tratadas como ilícitos *por objeto* (que no requieren demostrar sus efectos), admiten excepciones y permiten defensas de eficiencia que pueden hacer desaparecer su ilicitud.
- La eliminación de las hipótesis referidas a dos formas de colusión -los acuerdos que afectan la “fijación de otras formas de comercialización” y el

concierto para “excluir competidores”-, de la letra a) del Artículo 3 del DL 211, conlleva consecuencias importantes.

- La proposición, al eliminar algunas hipótesis de conducta, delimita el ámbito de los ilícitos contenidos en la mencionada letra a), y los cataloga expresamente como aquellas conductas denominadas por la doctrina como *carteles duros*, lo que constituye un avance al otorgar mayor certeza respecto de las conductas comprendidas en esa figura.
- Sin perjuicio de lo anterior y como corolario de esta proposición, la modificación propuesta delimita las figuras que pueden ser investigadas usando las facultades intrusivas del Artículo 39, letra n), del DL 211. Asimismo, al declarar el Proyecto que las figuras eliminadas, “*no siempre constituyen supuestos de los denominados carteles duros*” -pasando a ser subsumidas en la figura general del inciso primero del Artículo 3- se reconoce que deben ser “*examinadas*” caso a caso y sancionadas sólo en cuanto constituyan “*convenciones*” que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, o que tiendan a producir dichos efectos.

(2) Aumento Monto Máximo de Multas.

(a) Aplicación a todas las conductas anticompetitivas.

- El aumento de las multas es aplicable a los casos de abuso de posición dominante; sin embargo el proyecto no contiene ningún argumento para esta decisión porque solo se refiere a la necesidad de generar *un efecto disuasivo de las conductas colusivas*. El no explicar el aumento de multas en caso de abuso de posición dominante constituye una omisión importante del proyecto.
- Este nivel de multas, con el monto máximo flexible, sería aplicable a los incumplimientos de las obligaciones del nuevo control de fusiones (Artículo 3° bis; omisión de notificación, contravención a la suspensión de la transacción *-gun jumping-*, incumplimiento de las condiciones impuestas, o de la prohibición de la operación). Asimismo, este nuevo máximo también sería aplicable respecto de otras infracciones, como los incumplimientos de sentencias o de resoluciones. Consideramos que es necesario fijar un límite al monto de las multas en estos casos, ya que con la nueva forma de cálculo, el monto que se podría llegar a aplicar sería desproporcionado.

(b) Doble del beneficio económico obtenido, si puede ser determinado, o 30% de las ventas del período durante el cual la infracción se haya prolongado.

- Si bien un aumento de las multas se encontraría en línea con regímenes más avanzados, las establecidas en este Proyecto resultan excesivas.
- Una multa bajo estos parámetros puede hacer económicamente inviables a muchas empresas en Chile y, en consecuencia, terminar

afectando la competitividad futura de los mercados, lo que resulta un contrasentido en este ámbito.

- Creemos que sería más acorde considerar el establecimiento de un máximo total de la multa, particularmente en función del tamaño de la empresa (ej.: 10% de las ventas totales de una empresa del año inmediatamente anterior, según directrices de la Unión Europea).
- Para el cálculo del 30% de las ventas, el Proyecto no distingue si se aplica a todas las ventas de una empresa o, *si se refiere a las líneas o rubros del negocio afectado por la colusión*, lo que puede marcar una diferencia de mucha importancia; en particular, para empresas con ventas globales y que actúan en diversos rubros. Sin embargo acotarlo de esta forma hace necesario probar qué rubros o qué mercado relevante ha sido el afectado en forma objetiva.
- Estimamos que técnicamente estas nuevas reglas no podrían ser aplicadas a entidades o servicios -públicos o privados-, que no tengan ventas ni perciban ingresos provenientes de la conducta.
- Las reglas pueden permitir un uso arbitrario o estratégico de ellas por la FNE, al preferir la que permita una mayor sanción bien sea por razones políticas o bien por dificultad de probar el beneficio económico del infractor. Creemos que este punto debe ser aclarado.

(3) Sanción Adicional: Prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la Administración del Estado, hasta por 5 años, desde que sentencia quede ejecutoriada.

- Respecto de personas jurídicas, una inhabilidad de idénticos efectos fue implementada el año 2005. Aquella impedía inscribirse en el Registro de Proveedores del Estado, por haber sido sancionada con multa por infracciones al DL 211 y fue derogada el año 2009; aparentemente con el fin de eliminar barreras para contratar con el Estado, dada su escasa aplicación.
- Al igual que la desproporción en el límite de las multas tratada en el punto 2.b.- anterior, la medida restringe el desarrollo de actividades económicas, por lo que aparece como una medida accesoria excesiva.

(4) Criminalización de la Colusión:

Existen razones de peso que hacen desaconsejable la instauración de una nueva figura penal en esta materia.

En particular, se debe considerar que el actual sistema está funcionando con resultados positivos en cuanto a la detección de conductas colusivas, y que la administración de la herramienta penal por dos autoridades distintas puede generar un nivel de incertidumbre que afecte negativamente el programa de beneficios (delación compensada).

Los comentarios que siguen, son particulares a los puntos siguientes:

(a) Amplitud del tipo penal del Artículo 286 bis del Código Penal.

- El Proyecto no logra delimitar con claridad la diferencia entre una conducta que puede ser sancionada en sede del TDLC (Art. 3 letra a) del DL 211), de la nueva figura penal (artículo 286 bis del Código Penal) situación que técnicamente y desde un inicio generará un muy alto nivel de incertidumbre.
- No se distingue si existe un elemento del tipo que otorgue un mayor desvalor a la conducta como para que sea merecedora de una pena de cárcel, ya que ambas tipificaciones incluyen las figuras de carteles duros o más nocivos (acuerdos de precios, repartos de mercado o producción, y las licitaciones colusorias que afectan al Estado).
- De esta forma vemos como necesario aclarar los elementos que constituyen la figura penal para dar mayor certeza. Incluso, si es posible, se deben enumerar los actos que se excepcionan. Estas excepciones sí están contempladas en otras legislaciones (empresas conjuntas o *joint ventures*, y acuerdos para el desarrollo de innovaciones y tecnologías, entre otros ejemplos).

(b) Pena de reclusión mayor en su grado mínimo.

- Se establece una penalidad de crimen, reservada para las figuras más graves de nuestra legislación penal, pero no se presentan argumentos suficientes para fundar una decisión de este tipo.
- Esta penalidad impide, en principio, cualquier cumplimiento en libertad, por eso la exigencia de una fundamentación de esa decisión desde una perspectiva de “política criminal”.
- En caso que una de las motivaciones fuere la de entregar al Fiscal del Ministerio Público la facultad para interceptar comunicaciones - reservada para crímenes-, pensamos que la técnica legislativa correcta sería la de incluir expresamente dicha facultad, pero no aumentar la penalidad para ese efecto.

(c) Pena accesoria de inhabilitación absoluta para desempeñar cargos u oficios públicos, cargos de director o gerente en empresas del Estado, en S.A. abiertas, cualquier cargo directivo en asociaciones o colegios profesionales por un plazo de 5 años desde que la sentencia definitiva queda ejecutoriada.

- En caso que en forma paralela, las empresas involucradas en sede del TDLC estén sujetas a otras inhabilitaciones (prohibición de contratación con el Estado), el cúmulo de medidas accesorias impuestas constituiría una prohibición desmedida en contra de la libertad económica de las personas vinculadas a un grupo económico particular.

(d) Investigación de hechos que pudieren ser constitutivos de delito previsto en el Artículo 286 bis solamente puede iniciarse por querrela de la FNE.

- Esta facultad tiene por objeto delegar en forma exclusiva la decisión de persecución penal en la FNE, limitando así la intervención del Ministerio Público penal. Pero entrega un alto nivel de discrecionalidad, que no tendría un control de ninguna especie.
- La historia del DL 211 muestra que desde la instauración de la figura penal en 1959 existió siempre un control de su utilización: la Comisión Antimonopolio en 1959 y la Comisión Resolutiva a contar de 1973. Un mecanismo posible, para evitar cualquier arbitrariedad en el ejercicio de los poderes del Fiscal en esta materia, es que el TDLC autorice el ejercicio de esta acción.
- El Proyecto no es claro en determinar la forma de solución de controversias entre las dos autoridades investigativas, Ministerio Público y FNE, para así evitar decisiones contradictorias tanto a nivel de procesos investigativos como en el otorgamiento de los beneficios de la Delación Compensada. Esta coordinación de autoridades, la vemos como crucial para tener una política única y sostener un programa de Delación Compensada.

(e) Fiscal Nacional Económico puede, discrecionalmente, interponer la respectiva querrela y/o presentar requerimiento ante el TDLC.

- Los comentarios a este aspecto se encuentran incorporados al punto 4.d.- anterior.

(5) Fortalecimiento de la Delación Compensada.

(a) Quien primero aporta antecedentes a la FNE puede acceder a los beneficios de exención de: disolución; multa; prohibición de contratar con el Estado (nueva medida accesoria); y, responsabilidad penal.

La incorporación de nuevos beneficios es un avance, al otorgar mayores incentivos para auto-denunciar conductas de colusión, siempre y cuando se aclaren los otros aspectos donde no existe una coordinación clara entre las autoridades persecutorias.

(b) Beneficios relativos a la responsabilidad penal únicamente para el primer aportante de antecedentes.

- Es necesario ampliar el catálogo de beneficios para quienes colaboraron con la FNE, aún cuando no hayan llegado primeros auto-denunciando el cartel.
- Asimismo este debe aplicarse a todo ejecutivo, director o empleado de la primera persona jurídica que denuncia el ilícito, puesto que internacionalmente se ha fomentado que la cooperación sea un acto esencialmente corporativo.

(c) Eliminación de límite de reducción de multa a 50% de la mayor multa solicitada.

- El DL 211 impide que la rebaja de la multa pueda ser mayor, sin poder tomar en cuenta, por ejemplo, el tamaño de la empresa que es merecedora de la rebaja o los beneficios efectivamente obtenidos por esta empresa con la conducta que se persigue.
- La propuesta es un avance que permite mayor flexibilidad en el otorgamiento de beneficios.

(6) Acción de Clase: para reclamar indemnizaciones de perjuicios con motivo de infracciones a la libre competencia.

Esta reforma confirma los precedentes ya dictados por los tribunales ordinarios en esta materia. Actualmente existen procesos en curso en que se han ejercido acciones de clase, en los cuales se ha declarado la admisibilidad de acciones de este tipo.

En consecuencia, la norma solo viene a aclarar una situación que ya ha sido materia de pronunciamiento judicial.

Santiago, 4 de mayo de 2015.

ORTÚZAR, VERGARA & BOETSCH
ABOGADOS

ALVARO ORTUZAR SANTA MARIA
NICOLAS VERGARA CORREA
CRISTIAN BOETSCH GILLET
JUAN SEBASTIAN VALDES ROJAS
JAIME RIOS LLANEZA
LUIS A. DARRAIDOU GARCIA HUIDOBRO
JAMES BLACK DUVANCED
DIEGO NAVARRETE SORDO

ISIDORA GOYENECHEA 3477 PISO 22
FONOS: 25802180 – 25802181 - 25802182
FAX: 25802186
E-MAIL: OVB@OVB.CL
WWW.OVB.CL
SANTIAGO – CHILE

Santiago, 04 de mayo de 2015

Sr.
Julio Pellegrini V.
Consejero
Colegio de Abogados de Chile A.G.
Presente

De nuestra consideración:

Según lo acordado, adjuntamos nuestros comentarios al *“Proyecto de Ley Boletín N° 9950-03, 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”*.

Quedamos atentos a cualquier pregunta o comentarios que pudieran tener respecto de los mismos.

Sin otra consideración, te saludan atentamente,

ORTÚZAR, VERGARA & BOETSCH ABOGADOS

Álvaro Ortúzar Santa María

Nicolás Vergara Correa

Juan Sebastián Valdés Rojas

Comentarios al “Proyecto de Ley Boletín N° 9950-03, 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. MODIFICACIÓN AL RÉGIMEN DE SANCIONES.

El proyecto establece un nuevo régimen de sanciones, modificando los actuales y agregando otras.

Según pasaremos a explicar, algunas de las propuestas contenidas en el proyecto de ley deben ser revisadas y eventualmente corregidas.

En nuestra opinión, los principales aspectos del proyecto que deben ser revisados son los siguientes:

1. Eliminación de tope máximo fijo de la multa y establecimiento de un límite variable.

El proyecto propone eliminar el actual tope máximo del monto de la eventual multa y establecer un límite variable que ascienda al doble del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción, si este puede ser claramente determinado. En caso contrario, se propone el 30% de las ventas del infractor correspondientes al periodo durante el cual la infracción se haya prolongado.

Esto, en un contexto en que el sistema actual no parece del todo inadecuado, en el sentido que el monto máximo ya es bastante alto. De hecho, sólo en dos ocasiones el TDLC ha impuesto el monto máximo que permitía el DL 211 en la fecha respectiva, y uno de esos casos todavía se encuentra pendiente.

Pues bien, en caso de que definitivamente se opte por modificar el sistema actual, creemos que el sistema propuesto por el ejecutivo debe ser modificado.

En efecto, creemos que la propuesta del ejecutivo presenta un error conceptual en su diseño, por cuanto se establecen dos topes distintos, basados en elementos diversos y que pueden llevar a serias contradicciones y, en definitiva en una denegación de justicia. En este sentido, lamentamos que el proyecto de ley haya tomado y mezclado sin más los criterios contemplados tanto en la legislación estadounidense –que establece como límite el doble de los beneficios obtenidos por el infractor- y la europea –que establece como límite cierto porcentaje del valor de las ventas del infractor-.

En nuestra opinión, esta estructura basada en dos criterios distintos –beneficio vs. ventas-, uno en subsidio del otro, debe ser modificada principalmente por dos razones:

- (i) Porque, dado que el beneficio obtenido de una infracción muchas veces es muy difícil de determinar, es posible que el TDLC o la Corte Suprema opten por aplicar directamente el segundo criterio, bastando para ello señalar que no fue suficientemente acreditado el beneficio obtenido.

Por otro lado, también es posible que el TDLC o la Corte Suprema opte por aplicar el criterio del beneficio, aun cuando este último sea deficientemente estimado, renunciando al criterio de las ventas que es mucho más fácil de determinar.

Por otra parte, de implementarse el sistema propuesto, en caso de pluralidad de demandados, sería posible que algunos de ellos sean sancionados en atención al beneficio económico obtenido y que otros en razón de sus ventas, lo que atenta con la igualdad de las partes y con la unidad de los juicios, pudiendo ocasionar decisiones contradictorias.

- (ii) Porque, dado que muchas veces el criterio del porcentaje de las ventas puede arrojar un monto de multa mucho mayor que el criterio del beneficio, es posible que el TDLC o la Corte Suprema, con el mero fin de sancionar con más fuerza una infracción, recurran al método subsidiario, aun cuando sea posible determinar el beneficio obtenido.

Adicionalmente se puede dar una injusticia manifiesta, incluso de manera involuntaria, si una infracción produjo un beneficio ínfimo al infractor, pero dicho beneficio no puede ser determinado fácilmente. En este último caso, puede que el segundo criterio arroje un monto de la multa mucho mayor al adecuado.

En razón de lo anterior, creemos que no resulta aconsejable establecer estos criterios para su aplicación subsidiaria. Más bien se debería optar por uno de estos criterios para que se aplique de forma excluyente.

Dicho lo anterior, creemos que el sistema que de mejor manera conjuga los fines buscados por el legislador –retribución y disuasión- es el que permite determinar el monto de la multa en base a las ventas del infractor, pero con topes claros y razonables.

En efecto, si bien el sistema basado en el eventual beneficio obtenido por la infracción aparece en el papel como razonable, presenta serias dificultades en su aplicación. Principalmente porque en la mayoría de los casos es muy difícil determinar fidedignamente dicho beneficio, y porque pone al demandado en una situación muy compleja, por cuanto por un lado tratará de argumentar que no cometió la infracción que se le imputa, pero deberá además tratar de acreditar que, si la cometió, no hubo beneficio o dicho beneficio es muy bajo. Esto no sucede –o sucede de una manera mucho

más atenuada- cuando el criterio es el de las ventas, porque las mismas se pueden obtener de los libros y otros antecedentes objetivos.

Ahora bien, establecido que resulta más razonable el criterio de las ventas, hacemos presente que el proyecto en comento nos parece peligrosamente indeterminado. De hecho, de perseverarse en el mismo, Chile establecería un tope de las multas absolutamente desproporcionado y muy superior al contemplado en la legislación de la Unión Europea, de la cual, según el propio Mensaje¹, proviene la idea de fijar como límite de las multas un porcentaje de las ventas².

De hecho el proyecto, tal como está, podría llevar a la quiebra a muchísimas empresas, ya que no cabe duda que muy pocas empresas en Chile podrían estar en condiciones de pagar una multa correspondiente al 30% de sus ventas, sobre todo si la infracción duró por más de algunos años. Esto, podría implicar que

En consecuencia, proponemos las siguientes modificaciones al sistema propuesto en el proyecto basado en las ventas del infractor:

1. Establecer un techo máximo al monto de la multa, que sirva como garantía de justicia y proporcionalidad³.

Sin este tope, y aplicando como única limitación el 30% de las ventas correspondientes al periodo durante el cual la infracción se haya prolongado, existe la posibilidad de que la multa sea tan alta, que el infractor no pueda pagarla o que afecte seriamente su capacidad de competir en el mercado.

De hecho, según análisis que hemos podido realizar⁴, las empresas del IPSA, que representan razonablemente a algunas de las empresas con mejor desempeño, tienen un Margen Operacional anual promedio del 29,3%, un EBITDA sobre Ventas anual promedio de 21,8% y un Efectivo (o equivalente) sobre Ventas anual promedio de 23,7%.

Es decir, en promedio, las empresas del IPSA no podrían afrontar el pago de una multa equivalente al 30% de sus ventas, recurriendo únicamente a los flujos generados por sus ventas del año inmediatamente anterior.

¹ “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”. Mensaje, página 4.

² Cabe hacer presente que en la Unión Europea no se pueda aplicar una multa mayor al 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior.

³ Una opción es la contemplada en la Unión Europea en el sentido que la multa no pueda ser mayor al 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior.

⁴ Análisis desarrollados por F&K Consultores a petición de Ortúzar, Vergara y Boetsch.

2. En relación con lo anterior, se debe exigir que el TDLC o la Corte Suprema, al momento de determinar el monto de la multa, consideren especialmente la capacidad de pago del infractor, en el sentido que se deberá velar para que la multa impuesta no sea tan alta como para poner en riesgo su permanencia en el mercado o su capacidad de competir en el mismo.

De lo contrario, existe la posibilidad de que el infractor finalmente termine fuera del mercado por la acción de la autoridad de libre competencia, con los graves efectos que esto puede implicar para la libre competencia y la eficiencia de los mercados.

3. Explicitar que al momento de determinar el monto de la eventual multa, se debe considerar, como primer tope, el 30% de las ventas del infractor en el mercado (geográfico y de producto) afectado por la conducta.

De lo contrario, se llegaría a la injusticia que las empresas podrían verse obligadas a responder con lo obtenido de las ventas efectuadas en mercados en que no han incurrido en infracción alguna. Esto se particularmente peligroso para los grupos de empresas o para empresas multiproducto.

4. Establecer una obligación precisa al TDLC y la Corte Suprema de transparentar el procedimiento utilizado para determinar el monto de la multa.

Lo anterior, como mínimo exigible como contrapartida al aumento del monto de las multas, con el objeto de minimizar la discrecionalidad y las eventuales arbitrariedades de la autoridad.

2. **Criminalización de la colusión.**

El proyecto propone restablecer una sanción penal para el caso de colusión.

Como consideración preliminar, hacemos presente que no compartimos esta propuesta, ya que en nuestra opinión generará enormes problemas y dificultades en un sistema que está funcionando, tal como lo han señalado en diversas entrevistas y exposiciones tanto el Presidente del TDLC como el actual Fiscal Nacional Económico⁵.

⁵ Al respecto, las autoridades en materia de Libre Competencia se han pronunciado públicamente en contra de la creación de un tipo penal en la materia, al menos, desde la perspectiva de la disuasión. Así, el Presidente del TDLC ha señalado que: *“Es decir, hay que tener cuidado con que no se trata solo de ver qué sanción suena mejor para el público en general, sino cuál es la más efectiva para lograr una efectiva guerra contra los carteles, un éxito en esta guerra contra los carteles, en la cual ha estado involucrado el Tribunal y la Fiscalía Nacional Económica desde hace varios años y con bastante éxito”*. En <http://www.cooperativa.cl/noticias/economia/competitividad/libre-competencia/tdlc-no-esta-de-acuerdo-con-reponer-penas-de-carcel-para-la-colusion/2015-03-16/134151.html>. En el mismo sentido, el Fiscal Nacional Económico ha dicho: *“la reposición de las penas de cárcel, que existieron durante 40 años y no se ocuparon jamás para castigar a los carteles, es una decisión que debe tomarse en forma meditada (...) Tenemos la certeza de que el modelo que hoy opera en el país, basado en una fiscalía económica técnica y autónoma del gobierno de turno; un tribunal de competencias completamente*

Lo anterior, en un contexto en que no hay consenso respecto a que esta medida sea un desincentivo real para la colusión, y en que diversos países con mayor tradición y experiencia en la lucha contra los carteles, e incluso la Unión Europea, no contemplan la posibilidad de cárcel para esta infracción.

Dicho esto, cabe preguntarse sobre la justificación del ejecutivo para proponer implementar una sanción penal a las conductas colusivas, y los respectivos límites que esto impone desde la perspectiva de los principios limitadores del derecho penal. En ese sentido, es importante apreciar las dos justificaciones jurídico-penales que entrega el Mensaje al respecto:

(i) una finalidad retributiva (en tanto sanción impuesta por el mal causado, tanto en una esfera patrimonial como por la afectación a la confianza en los mercados), que si bien constituye una justificación aceptable para la tipificación penal, impone ciertos límites a la misma, conforme al principio de proporcionalidad y última ratio; y

(ii) una finalidad disuasoria, cuya justificación debe aclararse conforme a la evidencia comparada, quedando pendiente demostrar si este tipo de medidas efectivamente constituyen un desincentivo real para la colusión.

Conforme a lo anterior, sin perjuicio de las objeciones que merece la instauración de un tipo penal de colusión; es importante tener presente que, conforme a los principios de última ratio y de proporcionalidad, al menos deberían considerarse los siguientes elementos a fin de delimitar la sanción penal:

(i) Definiciones sobre el tipo penal

Conforme a los principios limitadores recién expuestos, se dice que el Derecho Penal constituye un sistema discontinuo y fragmentario de ilicitudes, lo que en términos simples significa que sólo se tipifican las conductas más graves, que atentan contra los bienes jurídicos más importantes definidos por una sociedad.

Desde esa perspectiva, el tipo penal cumple diversas funciones, que nos permiten interpretar adecuadamente el alcance de la norma. En la materia, resulta fundamental una aplicación político-criminal, que radica en su “función de garantía”: sólo cuando la conducta prohibida se describe expresa y exactamente en el tipo penal, el Derecho Penal respeta plenamente el principio de Legalidad, principio limitador fundamental consagrado constitucionalmente en los incisos 7 y 8 del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política (sub-principio de “tipicidad”). Asimismo, debe destacarse para estos efectos la función sistemática del tipo penal, que permite interpretar adecuadamente los alcances de la norma, por cuanto permite comprender cuáles son los elementos y cualidades que debe tener la conducta prohibida que se describe en la norma (ej. es distinto “matar a otro”, que “conociendo las relaciones que lo ligan, mate a padre

independiente de la fiscalía y una Corte Suprema expedita como contrapeso del tribunal está dando resultados”, En <http://static.pulso.cl/20141112/2031682.pdf>

o madre...”). Para efectos de dicha determinación, la definición respecto del bien jurídico que se pretende proteger con la norma, resulta fundamental.

Pues bien, sin perjuicio que el Proyecto avanza respecto de la anterior tipificación penal contenida en el DL 211 original⁶, aún deben delimitarse ciertos aspectos, con miras a salvaguardar los principios de *ultima ratio* (sólo las conductas más graves, respecto de los bienes jurídicos más importantes), y de tipicidad, teniendo especial cuidado en diferenciar adecuadamente la conducta susceptible de sanción administrativa por el TDLC, de aquella sancionada penalmente. Veamos:

a. Bien jurídico protegido: Conforme al propio mensaje, existen dos bienes jurídicos que se pretende salvaguardar por medio de la tipificación penal: (i) el patrimonio de terceros (consumidores y/o competidores); y (ii) la confianza en los mercados.

Conforme a ello, para salvaguardar adecuada y coherentemente el bien jurídico protegido, y para diferenciar adecuadamente el tipo penal del tipo administrativo (cuyo objeto mira netamente a la confianza en los mercados⁷), convendría incluir en el tipo penal una exigencia adicional, consistente en un resultado: la existencia de afectación efectiva a terceros⁸ (o al menos, la verificación efectiva de las finalidades establecidas en el tipo penal)

Dicha exigencia, además de ser un elemento común en los delitos por defraudación establecidos en el Código Penal, es análogo a lo que ocurre en la nueva legislación de quiebras⁹; y en los delitos tributarios¹⁰, de tal manera que su inclusión cumple además una función de sistematización con el resto del ordenamiento jurídico-penal en materia económica. Al respecto, el mensaje no contiene ninguna referencia a que los bienes jurídicos protegidos difieran de las otras normativas recientemente perfeccionadas.

b. Verbo Rector y Sujeto Activo: Conforme al principio de proporcionalidad, resulta cuestionable que el tipo penal contenga un verbo rector más amplio que el tipo

⁶ “ARTICULO 1º- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados”.

⁷ De ahí que sea el SERNAC y no la FNE quien pueda ejercer posteriormente una acción de indemnización de perjuicios en favor de los consumidores.

⁸ Se evidencia además una incoherencia en el numeral 4º: no se entiende por qué se limita exclusivamente a las licitaciones en que tenga participación el Estado.

⁹ “Artículo 463.- El que dentro de los dos años anteriores a la resolución de liquidación a que se refiere el Capítulo IV de la Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas ejecutare actos o contratos que disminuyan su activo o aumenten su pasivo sin otra justificación económica o jurídica que la de perjudicar a sus acreedores, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.”

¹⁰ No tiene sentido citar el catálogo completo del artículo 97 del Código Tributario. Basta señalar que en general se exige no sólo que las falsedades permitan disminuir la base imponible, o recibir devoluciones que no correspondan, sino que además eleva la exigencia subjetiva, requiriendo dolo directo (ej. maliciosamente).

administrativo, castigando al que “celebre, implemente, ejecute u organice” los acuerdos colusivos (ver Anexo con caracterización de las diferencias entre el sistema actual y las reformas propuestas en el proyecto en relación a esta materia).

Con ello no sólo se amplía la conducta (o verbo rector) respecto de la descripción del DL N° 211, sino que también respecto del sujeto activo. Con ello, además, se vulnera la exigencia de una descripción estricta de la conducta conforme al principio de tipicidad, generándose un problema en la determinación de los grados de participación que puedan tener los distintos sujetos involucrados, toda vez que se difuminan los límites entre autores y cómplices (ej. al asesor que organiza algunas reuniones; o a los ejecutivos menores cuya misión es ejecutar o implementar el acuerdo dentro de la organización).

(ii) **Límites al ejercicio de la acción penal**

El artículo 286 quáter del Código Penal, propuesto en el proyecto, establece que el monopolio de la querrela corresponde a la FNE, y que dicha acción podrá ejercerse en cualquier momento, aún antes del requerimiento ante el TDLC o durante la investigación tramitada en sede administrativa.

Lo anterior genera diversas objeciones desde la perspectiva de la finalidad de la pena y las garantías de los imputados, como también de los efectos prácticos que podría involucrar una eventual duplicidad de procedimientos sancionatorios.

a. Sobre el Monopolio de la Acción Penal: como cuestión preliminar cabe destacar que el monopolio de la querrela en un determinado actor no importa una valoración positiva o negativa por sí sola. Sin embargo, si sugiere al menos dos preguntas: (i) cómo se limita la arbitrariedad; y (ii) si es competencia de la FNE calificar o no una determinada conducta como delito.

Lo anterior constituye una imitación al modelo seguido respecto del SII y los delitos tributarios. No obstante lo anterior, cabe destacar una diferencia importante entre un sistema y otro. En el caso del SII, la finalidad es proteger la recaudación del Estado (las arcas fiscales). En ese sentido, el monopolio de la acción penal constituye un mecanismo de negociación (de por sí discutible) cuyo objetivo es claro: obtener el pago de lo adeudado. Así, más allá de sanciones administrativas (multas, intereses o recargos), existe un sistema transaccional que permite una salida distinta al ejercicio de la acción penal.

En cambio, en el modelo propuesto en el Proyecto, no existe dicha “salida alternativa”, toda vez que también ante el TDLC el requerido se enfrentará a un proceso sancionatorio. Con ello, el monopolio de la querrela, sin las adecuadas limitaciones, no cumple una función transaccional, quedando abierta la posibilidad de que la querrela se utilice por la FNE como una herramienta coercitiva, en el marco de una investigación o un juicio en curso, lo que dista de la finalidad sustantiva de esta facultad.

Por lo anterior, en caso de no establecerse límites adecuados, es posible apreciar al menos tres consecuencias perniciosas para la institucionalidad de Libre Competencia:

- Se degenera el sentido retributivo de la pena, como reproche por una conducta grave, convirtiéndola en un mecanismo de presión para favorecer la investigación administrativa (la pena deja de ser consecuencia por la realización de una conducta prohibida –o al menos disuasiva de su comisión-, sino que se convierte en herramienta de investigación);
- Se vulneran los derechos de los imputados, quienes posiblemente puedan verse forzados a favorecer una investigación en su contra (en violación del principio de no auto incriminación consagrado en la letra f) del numeral 7° del artículo 19 de la Constitución Política), producto de la amenaza de la acción penal, con los efectos que dicha cooperación tendrá en el juicio penal; y
- Se genera una duplicidad de procedimientos, con efectos tanto en las garantías de los requeridos e imputados, como en la eficacia de la misma investigación.

b. Requisitos de procesabilidad: Como consecuencia de lo anterior, resulta deseable establecer ciertos límites al ejercicio de la acción penal, especialmente, si el monopolio de la misma estará entregado a la FNE¹¹.

En primer lugar, estimamos recomendable establecer un requisito de procesabilidad para el ejercicio de la acción penal, que debiese ser, la existencia de una **sentencia condenatoria firme y ejecutoriada por colusión**¹². Con ello se garantiza un requisito mínimo básico para la acción penal, como es la coherencia con la finalidad retributiva de la pena, y se respeta el principio de última ratio.

Dicho requisito, cabe destacar, no es algo extraño en nuestra legislación: así la regulación de los delitos de quiebra fraudulenta exigían, como requisito de procesabilidad previa, que se hubiese declarado la quiebra. En efecto, la Nueva Ley de Quiebras, mantiene dicha figura sujetando la procedencia de los delitos establecidos en los artículos 433 y siguientes del Código Penal a la dictación de la resolución de liquidación o de reorganización.¹³

¹¹ En este sentido se podría recurrir al sistema existente en el DL 211 original, en el sentido que según lo dispuesto en el artículo 17 N° 5 de dicho cuerpo legal, era la Comisión Resolutiva la que ordenaba al Fiscal Nacional Económico el ejercicio de la acción penal.

¹² Las objeciones respecto de una posible prescripción son fácilmente salvables estableciendo expresamente la suspensión de dichos plazos (para efectos penales) al momento de presentarse el requerimiento, siguiendo la norma del artículo 96 del Código Penal, en términos que si resultaren absueltos los requeridos por el TDLC, se entenderá que el plazo siguió corriendo durante todo ese período.

¹³ Sólo a modo de ejemplo: "Artículo 463.- El que dentro de los dos años anteriores a la resolución de liquidación a que se refiere el Capítulo IV de la Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas ejecutare actos o contratos que disminuyan su activo o aumenten su pasivo sin otra justificación económica o jurídica que la de perjudicar a sus acreedores, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo".

Como consecuencia evidente del punto anterior, recomendamos limitar el momento de interposición de la querrela (o ejercicio de la acción penal) al momento posterior a la dictación de la sentencia. Así, se evita una duplicidad de procedimientos, y se establece un sistema coherente en términos de proporcionalidad y ultima ratio: sólo puede haber sanción penal, si existe sanción administrativa. Lo contrario (condena penal y absolución administrativa) repugnaría la lógica y la congruencia del ordenamiento jurídico en su conjunto.

A lo anterior, cabe agregarse una legítima preocupación respecto de los costos de litigar tanto para el estado como para los particulares, como consecuencia de tener que discutirse en distintas sedes los mismos hechos y al mismo tiempo.

En ese sentido, establecer la exigencia de una sentencia condenatoria en sede de libre competencia, como requisito de procesabilidad, trae consigo las siguientes consecuencias beneficiosas: (i) permite evitar el gasto público que significaría iniciar una investigación –o incluso un procedimiento- que en caso de sentencia absolutoria, debiese ser sobreesido; y (ii) fortalece las finalidades retributivas y disuasivas del proyecto. La retributiva, en cuanto la acción penal se ejercería como reproche efectivo a quien incurre en conductas de colusión graves; y la disuasiva, en cuanto se evita la generación de dos procedimientos en paralelo que podrían terminar en sentencias absolutorias o incluso contradictorias, aumentando la sensación de impunidad.

(iii) Duplicidad de procedimientos

Especialmente vinculado al punto anterior, la posibilidad de ejercer al mismo tiempo la acción penal y el requerimiento o investigación en sede de Libre Competencia, generaría una duplicidad de procedimientos en paralelo que no sólo atenta contra el buen funcionamiento de la administración (duplicando funciones de manera innecesaria), sino que también afectaría directamente las garantías de los imputados, obligándolos a defenderse de manera paralela en dos procedimientos sancionatorios distintos; y exponiendo la coherencia del sistema sancionatorio a fallos contradictorios, considerando especialmente los distintos estándares de prueba y niveles de garantía que cada uno de ellos debiese respetar¹⁴.

a. Coordinación Instituciones: El artículo 3 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado¹⁵ consagra que los

¹⁴ El corolario de lo anterior, sería que paralelamente se dictara una sentencia condenatoria en sede penal, y absolutoria en sede administrativa.

¹⁵ "Artículo 3º. La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal. La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando

órganos del Estado deben actuar de manera eficiente y coordinada, especialmente para cumplir adecuadamente con sus fines propios.

Asimismo lo ha refrendado, refiriéndose específicamente a esta materia, el Informe del Consejo Anticorrupción convocado por la Presidenta: *“Es necesario fortalecer estos mecanismos, por medio de: i. La coordinación entre organismos fiscalizadores que aplican sanciones administrativas con los que persiguen sanciones penales, y la definición de la titularidad o control de la acción”*¹⁶.

El desarrollo paralelo de ambos procedimientos sancionatorios, en consecuencia, no sólo afectaría el mandato legal de coordinación, sino que afectaría las garantías del debido proceso consagradas en el 19 n° 3 de la Constitución Política. A modo de ejemplo:

- **Distintas facultades intrusivas:** al respecto cabe destacar la existencia de distintas facultades intrusivas respecto de la FNE y el MP. En efecto, si se analiza el DL 211, las facultades de la FNE son aún mayores que los del órgano penal. Además, se encuentran sujetos a un estándar distintos de garantías para su ejecución, lo que no sólo podría generar descoordinaciones (por ejemplo, ¿qué ocurre si ambas instituciones piden los mismos antecedentes, o pretenden incautar lo mismo?); sino una enorme indefensión para los imputados, toda vez que se duplican las posibilidades de obtener medidas intrusivas, pudiendo exigirse en una u otra sede alternativamente, según la conveniencia y las garantías¹⁷.

En cualquier caso, a lo menos se generaría una “segunda instancia” respecto de dichas medidas, pudiendo la autoridad dirigirse a otra sede en caso que el tribunal respectivo deniegue una solicitud.

- **Declaraciones en sedes distintas:** una de las manifestaciones más complejas de la duplicidad de procedimiento dice relación con las declaraciones que pueden prestar, tanto testigos como imputados, en las distintas sedes. En términos simples, podríamos terminar con un sistema de “confesiones extrajudiciales” extrapolando declaraciones de un procedimiento a otro a conveniencia del persecutor.

el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes.”

¹⁶ Informe del Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, p. 85

¹⁷ En ese sentido, el Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción propuso igualar las facultades intrusivas de los órganos fiscalizadores con las conferidas por el DL N° 211 a la FNE: *“Dotar de facultades intrusivas adicionales, similares a las que la última modificación al Decreto Ley 211 entregó a la Fiscalía Nacional Económica (por ejemplo, la posibilidad de acceder al contenido de llamadas telefónicas y correos electrónicos). Estas facultades deben ejercerse con autorización previa de un Juez de Garantía, para así respetar debidamente los derechos de las personas.”* Informe, p. 85.

- **Duplicación de las defensas:** la implementación de un sistema de éstas características implica una mayor indefensión de los requeridos e imputados, en cuanto se verían expuestos a defenderse en paralelo, en dos sedes distintas, respecto de ilícitos que si bien son análogos, no son necesariamente idénticos.

Al respecto debe tomarse en cuenta que, atendida las diversas naturalezas, procedimientos y garantías de cada procedimiento, las estrategias judiciales podrían variar, o incluso contener algunos aspectos que podrían parecer contradictorios. Además, se duplican de manera indirecta los órganos persecutores (FNE y MP), y con ello, recursos e información.

b. Fallos o Prueba Contradictorios: Por cierto que las sentencias en cada una de las sedes están sujetas a las exigencias de motivación y fundamentación propias del ejercicio jurisdiccional.

Además, no puede obviarse que en virtud del principios de última ratio, y el estándar de convicción mayor que exige el proceso penal, se sigue que de la sanción administrativa puede seguirse una sanción o una absolución penal indistintamente (por consideraciones probatorias, exculpatorias, etc.); pero en ningún caso, podría darse una condena penal y una absolución administrativa.

Pues bien, la duplicidad de procedimientos nos enfrenta a problemas en términos de los fallos simultáneos de ambas sedes sobre los mismos hechos: (i) posibilidad de fallos con consideraciones y resoluciones contradictorios (no sólo en términos de la decisión, sino sobre los hechos probados, la entidad de la colusión, los partícipes, etc.); (ii) incentivos perversos a los Tribunales, en el sentido de que si el Tribunal Oral en lo Penal emite un fallo condenatorio, ¿cómo podría el TDLC explicar adecuadamente un fallo absolutorio posterior?; y (iii) sistemas de recursos distintos, lo que generaría un problema respecto de los tribunales superiores.

c. Estándares diferentes: Por último, cabe hacer presente los distintos estándares de convicción exigido en cada sede, lo que profundiza el problema planteado en el punto anterior, si los procedimientos se tramitan en paralelo. Especialmente, por cuanto no existe claridad respecto de cuál es el estándar de convicción exigible en materia de libre competencia, el cual solo ha sido desarrollado jurisprudencialmente por la Corte Suprema (“prueba clara y concluyente”).

En ese sentido, se profundiza la necesidad no sólo de separar temporalmente los procedimientos, según lo ya expuesto, sino también de establecer una regla de convicción para los procedimientos administrativo-sancionatorios que otorgue algún grado de certeza en la materia.

3. Prohibición de contratar con el Estado a los que incurran en una práctica colusiva.

En el proyecto se propone que a aquellos que sean condenados por colusión, se les pueda imponer, además, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la Administración del Estado hasta por cinco años, contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

En nuestra opinión, si bien ésta sanción puede constituir un desincentivo para empresas y ejecutivos para no incurrir en conductas colusivas, podría implicar una discriminación arbitraria y podría atentar con el principio de proporcionalidad y resultar gravemente injusta.

En este sentido, dado el tamaño del mercado chileno y el hecho reconocido de que en muchos mercados operan pocos actores, esta sanción, mal aplicada, podría tener como consecuencia que el Estado quede imposibilitado para adquirir ciertos bienes o contratar ciertos servicios, o podría traducirse en la instauración de un verdadero monopolio para ciertos proveedores.

De esta forma, puede que en un caso particularmente grave el TDLC no pueda aplicar esta sanción porque se dejaría sin proveedores al Estado o porque se entregaría un monopolio en la prestación de esos bienes o servicios al Estado, y en otros casos menos graves se termine aplicando por existir en el mercado multiplicidad de proveedores.

En el caso que finalmente se decida mantener esta sanción en el proyecto, creemos que la misma debe ser aplicada restrictivamente, para casos particularmente graves y debiéndose imponer al TDLC y la Corte Suprema la obligación de transparentar la razón por la cual se impone o se deja de imponer en cada caso.

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, para reclamar indemnizaciones de perjuicios con motivo de infracciones a la libre competencia.

En el proyecto se propone modificar el artículo 51 de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, en el sentido de permitir la interposición de acciones de interés colectivo o difuso destinadas a obtener la indemnización de los perjuicios que pudieran irrogarse a los consumidores con motivo de una infracción a la libre competencia.

En nuestra opinión, esta propuesta es importante porque viene a llenar un vacío legal que ya había sido detectado y destacado como problemático en el pasado, al punto que, tal como se reconoce en el propio mensaje del proyecto, se están recogiendo tres mociones parlamentarias existentes que buscan precisamente conceder la posibilidad de demandar colectivamente por infracciones a la libre competencia declaradas por sentencia ejecutoriada.

En términos concretos, esto viene a terminar con la incertidumbre existente actualmente respecto a si la actual redacción del artículo 2 bis b) de la Ley N° 19.496 permite ejercer acciones de interés colectivo o difuso para efectos de resarcir a los consumidores por los eventuales perjuicios sufridos por una infracción a la libre competencia; y además resuelve la interrogante de si es necesario que quien ejerza dichas acciones, debió o no hacerse parte en el juicio de libre competencia que dio lugar a la sentencia condenatoria.

Cabe recordar que el artículo 2 bis b) de la Ley N° 19.496 dispone:

“No obstante lo prescrito en el artículo anterior, las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo:

b) En lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento”.

En consecuencia, según se desprende del tenor literal de la norma transcrita, para que puedan interponerse acciones de interés colectivo o difuso destinadas a solicitar indemnizaciones de perjuicios, es necesario que esos perjuicios se hayan originado a partir de actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o prestación de servicios reguladas por leyes especiales.

Pues bien, el DL 211 no es una ley especial, como lo podría ser la Ley General de Servicios Eléctricos, la Ley General de Urbanismo y Construcciones, la Ley General de Servicios Sanitarios o la Ley General de Telecomunicaciones, sino que es una ley general, por cuanto tiene por objeto, tal como lo reconoce su artículo 1°, promover y defender la libre competencia en los mercados, esto es, promover y defender el buen funcionamiento del mercado o, si se quiere, de todos los mercados, y velar por la correcta actuación que todos los agentes económicos, ya sean públicos o privados, realicen en el mercado.

II. MODIFICACIÓN AL RÉGIMEN DE CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN.

En el proyecto se propone establecer un procedimiento de consulta previo y obligatorio a la materialización de ciertas operaciones de concentración, en caso que estas últimas sobrepasen ciertos umbrales que deberán ser fijados posteriormente en un reglamento.

Si bien creemos que esta modificación viene a mejorar el procedimiento de consulta de operaciones de concentración, en términos de claridad, transparencia y certeza, existen ciertos aspectos que en nuestra opinión deberían ser clarificados y otros que sería conveniente modificar.

Los principales aspectos del proyecto en nuestra opinión deberían ser clarificados o mejorados son los siguientes:

1. Determinación de los umbrales sobre los cuales se va a exigir la notificación previa de la operación.

Según se lee en el proyecto, los umbrales dependen únicamente del monto de las ventas, en Chile, de las empresas que pretenden materializar la operación.

En nuestra opinión resulta crucial que los umbrales sean fijados en correspondencia con la realidad chilena. De lo contrario, podría pasar que operaciones insignificantes para el mercado sean obligatorias de consultar, sólo porque uno o más de los partícipes de la operación tengan ventas por montos particularmente altos.

Esto se hace aún más patente si se considera que para efectos de calcular las ventas, el proyecto establece que se sumarán las ventas de los partícipes con las ventas del grupo empresarial al que pertenecen.

Según se explicado a través de la prensa¹⁸, el ejecutivo propondría que empresas con ventas individuales superiores a USD 14.000.000 o ventas conjuntas superiores a USD 83.000.000, deban consultar en forma previa las operaciones de concentración que pretendan materializar.

Pues bien, parara tener un punto de comparación, según análisis que hemos podido realizar¹⁹, todas las empresas del IPSA y una buena parte de las empresas clasificadas como GRANDES por el Servicio de Impuestos Internos tienen ventas sobre USD 83.000.000, por lo que cada vez que quieran celebrar una operación de concentración deberán consultar independiente del tamaño de la(s) otra(s) empresa(s) que sea parte de la operación.

De hecho, de establecerse estos umbrales, Chile tendría umbrales más altos que Estados Unidos y la Unión Europea, si se controla por PIB.

2. Problemas asociados a que la determinación de los umbrales sea hecha por reglamento.

Si bien esto puede ser práctico, llama la atención que la determinación de los umbrales, que necesariamente van a limitar distintas garantías constitucionales, en especial el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica lícita, se haga mediante reglamento. De hecho, según el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, este derecho sólo puede ser regulado por ley.

En este sentido, cobra particular relevancia que sólo la fijación de los montos de las ventas que servirán como umbrales pueda ser delegada en la potestad reglamentaria, debiendo incluirse y explicitarse en la ley todos los parámetros y reglas que conduzcan a la determinación de los mismos.

¹⁸ Diario Financiero, 9 de abril de 2015, p. 6

¹⁹ Análisis desarrollados por F&K Consultores a petición de Ortúzar, Vergara y Boetsch.

3. Se debería establecer en la ley un periodo de vacancia para la entrada en vigencia de los umbrales, cada vez que se modifiquen.

Dado que se corre el riesgo de que los umbrales se modifiquen con un fin oportunista, con el solo objeto de abarcar una operación que, bajo los parámetros de la reglamentación vigente, no debería consultarse en forma previa, proponemos se fije en la ley un período de vacancia, no menor a tres meses, entre que se dicte un nuevo reglamento en que se modifiquen los umbrales y la fecha de su entrada en vigencia.

4. Se debería establecer expresamente que el procedimiento de consulta ante la FNE se rige, en subsidio de lo establecido en el DL 211, por las normas de la Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos.

Esto, con el fin de otorgar certeza a los intervinientes respecto a sus derechos y obligaciones, así como para establecer garantías mínimas que deberán ser respetadas por la FNE en la sustanciación del procedimiento.

De hecho, por estas razones, estimamos necesario establecer de manera general en el DL 211 que las normas de la Ley N° 19.880 deben aplicarse en forma subsidiaria en todas las actuaciones de la FNE.

5. Respecto a las sucesivas instancias de análisis de las operaciones de concentración.

En el proyecto se propone que las operaciones de concentración sean notificadas a la FNE que hará revisión de las mismas en dos fases. En contra de la resolución del Fiscal Nacional Económico, bajo ciertos supuestos, se podrá recurrir ante el TDLC a través de un recurso de revisión especial. Finalmente, en contra la resolución del TDLC procederá el recurso de queja.

Esta estructura de sucesivas instancias podría terminar dilatando innecesariamente las operaciones, sobre todo si se considera que ni al TDLC ni a la Corte Suprema se le están imponiendo plazos para conocer de los recursos ni para dictar sentencia.

En este sentido, creemos que sería conveniente incorporar plazos perentorios y acotados para que el TDLC cite a la audiencia pública una vez presentado el recurso y para que dicte la sentencia definitiva.

A su vez, se debería establecer que la Corte Suprema conocerá con preferencia de los recursos de queja que se interpongan en contra de las sentencias del TDLC.

Lo anterior, porque no es difícil imaginar que serán muchos los casos que se terminen conociendo en la Corte Suprema vía recurso de queja.

6. **Respecto la causal de procedencia del recurso de revisión especial.**

Un aspecto que llama poderosamente la atención es que en el proyecto se haya limitado la procedencia del recurso especial de revisión únicamente a la resolución del Fiscal Nacional Económico que prohíba la operación de concentración, y que no se haya establecido para aquellas resoluciones que impongan medidas de mitigación distintas a las ofrecidas por las partes.

De hecho, en la práctica, es perfectamente posible que el Fiscal Nacional Económico solicite medidas de mitigación adicionales a las propuestas por las partes y, en ese caso, al no poderse recurrir de revisión, se estaría en la práctica obligando a las partes a renunciar a la operación o a aceptar medidas que podrían implicar un costo tan alto, que la hagan inviable económica u operacionalmente.

Por lo anterior, recomendamos que se amplíe la procedencia del recurso especial de revisión también para aquellos casos en que el Fiscal Nacional Económico aprueba la operación notificada bajo la condición de que se cumplan medidas de mitigación adicionales a las ofrecidas por las partes.

COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL DL N° 211 (BOLETÍN N° 9950-03), EN LO RELATIVO AL CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN.

A continuación, presentamos nuestras observaciones al 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*” (en adelante, el “Proyecto”). Respecto a su presentación, en primer término presentamos un comentario de carácter general relativo a la conveniencia de consagrar un sistema obligatorio de control de operaciones de concentración, pasando luego a formular comentarios algo más específicos referidos a ciertos aspectos del Proyecto que a nuestro juicio requieren mayor discusión y deseablemente su modificación.

I. LA CONVENIENCIA DE MANTENER UN SISTEMA DE CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN VOLUNTARIO.-

(a) Sistema actual de control de operaciones de concentración.

1. Si bien consideramos que en Chile no existe actualmente un sistema de control de operaciones de concentración (en adelante e indistintamente, en su sentido abstracto, denominado el “Sistema”) propiamente legislado en la normativa de libre competencia, reconocemos que sí hay un grupo de normas que en su conjunto albergan la figura de un procedimiento para que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “TDLC” o “el Tribunal”) conozca y analice aquellas operaciones de concentración que voluntariamente son sometidas a su conocimiento. Adicionalmente, el procedimiento actual para ejercer la facultad consultiva del TDLC se contempló desde su origen como un procedimiento no contencioso, donde una operación de concentración podía ser conocida por TDLC sin intervenciones litigiosas o controversistas. En otras palabras, advertimos que de existir un Sistema, en teoría éste revestiría las **características de voluntario, no contencioso y expedito**.
2. Sin embargo, debemos señalar que desde su concepción y a lo largo de más de una decena de años de experiencia práctica, el Sistema ha perdido las características antes señaladas: (i) primeramente, se ha **tergiversado su esencia voluntaria**, pues, salvo contados casos excepcionales, la mayoría de las operaciones de los últimos años conocidas por el TDLC han sido sometidas al conocimiento de dicho Tribunal porque una resolución previa del mismo así lo exigía, porque una ley especial lo ordenaba o

porque un tercero ajeno a la operación así lo solicitó; (ii) seguidamente, los procedimientos a través de los cuales el TDLC conoce las operaciones de concentración **han perdido dicha esencia no contenciosa pues**, en la práctica, variadas personas con “*interés legítimo*” han podido intervenir en este proceso, y en algunos casos se han generado grandes disputas, tanto desde un punto de vista jurídico como económico, y (iii) el Sistema **también ha perdido su carácter de expedito**, ya que una consulta toma cerca de 8 meses, que puede verse fácilmente extendido a un año en caso que se interponga un recurso de reclamación ante la Corte Suprema, plazo que puede originar un costo de oportunidad importante para las empresas que forman parte de una futura transacción.

3. Adicionalmente, el actual Sistema **no faculta a las partes de la operación consultada para negociar con el TDLC medidas para mitigar los eventuales riesgos anticompetitivos que generaría la transacción**. Debido a esto, la tendencia es que las partes han tenido que pronosticar los riesgos que a juicio del Tribunal podrían generarse a consecuencia de la operación consultada y, así, proponer medidas adecuadas para mitigar dichos “adivinados” efectos anticompetitivos. El resultado ha sido insatisfactorio. En ciertas situaciones el TDLC ha aceptado algunas de las medidas de mitigación propuestas por las partes; otras veces ha elaborado las suyas propias y en otros casos, ha considerado que ninguna medida propuesta es suficiente, por lo que ha rechazado la operación .
4. En vista de lo anterior el Sistema, originalmente diseñado como un procedimiento voluntario, expedito y de mera certeza, ha ido perdiendo esas características y en consecuencia, se ha convertido en un procedimiento muy gravoso.

(b) Sistema propuesto en el Proyecto.

5. El Proyecto propone un procedimiento que busca resolver las principales críticas al actual procedimiento de consulta, a saber, su lentitud, dificultad de negociar mitigaciones y litigiosidad, y en consecuencia es un avance relevante en relación al actual procedimiento.
6. Sin perjuicio de lo anterior, el Proyecto reemplaza al Sistema voluntario actual y plantea un Sistema de control mixto, esto es, las operaciones que superen ciertos umbrales económicos deberán notificar a la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) en forma previa a su perfeccionamiento; en tanto que las operaciones que se encuentren bajo dichos umbrales podrían notificarse en forma voluntaria, y en caso de perfeccionarse sin mediar notificación, podrían ser cuestionadas por la FNE dentro del plazo de un año.
7. Reconocemos que **la principal ventaja que involucra un Sistema de carácter obligatorio radica en la certeza que otorga a las partes respecto a cuándo consultar una operación de concentración**. Sin embargo, dependiendo del umbral que se fije, el sistema de consulta obligatoria podría dejar sin revisar operaciones que potencialmente pueden lesionar la libre competencia y que se encuentran bajo tales umbrales. Ante este riesgo, normalmente los umbrales que se han fijado en diversas jurisdicciones tienden a ser tan bajos, que atrapan una gran cantidad de operaciones de concentración que son

inocuas desde el punto de vista de la libre competencia, pero que generan un costo social derivado de la mayor burocracia.

8. Sin perjuicio de lo anterior, el Sistema que propone el Proyecto es de carácter mixto, que a nuestro juicio constituye el peor escenario para el administrado, en consideración a que **tiene todas las desventajas de ineficiencia de un Sistema obligatorio, sin contar con su mayor ventaja que es la certeza jurídica**. En un Sistema mixto, el administrado se ve obligado a notificar operaciones de concentración que pueden ser inocuas, si éstas superan el umbral, pero por el contrario, cuando no alcancen el umbral, tampoco tendrá la certeza de no ser investigado o requerido, generando un sistema ineficiente por una parte e incierto por la otra, de tal forma que puede constituir un sistema aún más perjudicial que un sistema obligatorio.
9. La única ventaja teórica, desde un punto de vista de eficiencia, de un sistema mixto en comparación a uno obligatorio, ocurriría si atendido que la autoridad tiene la facultad de revisar operaciones no notificadas, lo anterior le permite subir los umbrales de tal forma que sólo una pequeña porción de operaciones deba ser consultada.
10. En esta misma línea, si el procedimiento ante la FNE se amplía a operaciones que no necesariamente deban ser consideradas operaciones de concentración, un procedimiento mixto permitiría elaborar una descripción más acotada y objetiva de lo que se entiende por operación de concentración y permitir que numerosas operaciones no deban ser notificadas obligatoriamente, pero aquellas que puedan generar ciertos riesgos, se pueden notificar voluntariamente. Para ello se debiera restringir la definición de operación de concentración y la definición de umbrales que actualmente contempla el Proyecto.
11. Tenemos conciencia de que el Sistema de carácter obligatorio ha sido implementado en varias jurisdicciones, algunas de las cuales tienen una larga tradición en materia de defensa de la libre competencia, como lo son Estados Unidos, la Unión Europea, México y Brasil; sin embargo, existe una gran cantidad de países en el mundo que mantienen un Sistema voluntario, como por ejemplo Australia, Nueva Zelandia, Reino Unido, etc¹. Sin embargo, un análisis estadístico de las operaciones que se han notificado en dichas jurisdicciones deja en evidencia la ineficiencia del Sistema obligatorio:
 - i. En el caso de Estados Unidos, durante el año fiscal 2013, las agencias de competencia revisaron 1.326 operaciones de concentración, de las cuales sólo 47 operaciones, es decir, **un 3,5%, no fueron resueltas en la primera fase de investigación**. De estas 47 operaciones, el DOJ (*“The Department of Justice”*) desafió 25 operaciones de concentración y la FTC (*“The Federal Trade Commission”*) 22².

¹ De los aproximadamente 103 países que cuentan actualmente con un sistema de control de fusiones, 52 de ellos cuentan con un procedimiento de consulta obligatorio ex -ante. Fuente: Clifford Chance. Online Services Portal. Datos al año 2012.

² <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/36th-report-fy2013/140521hsrreport.pdf>

- ii. En el caso de la Comunidad Europea, durante el periodo de 25 años comprendido desde 1990 a 2015, de los 5.796 casos notificados a la Comisión, **sólo el 4,0% de ellos, es decir, 231 operaciones no fueron resueltas en la primera fase de investigación**. De aquellas resueltas en la Fase I, 5.092 de las transacciones fueron aprobadas sin condiciones (95,5%) y sólo 245 (4,5%) fueron condicionadas.³
 - iii. En México, la Comisión Federal de Competencia de México durante el año 2014 revisó un total de 119 notificaciones de concentración. Del total de las operaciones notificadas, 112 de ellas fueron resueltas favorablemente, de las cuales 106 fueron autorizadas y 6 condicionadas⁴. Es decir, del 100% de las operaciones notificadas revisadas durante el año 2014, **sólo el 5,0% de ellas en la práctica justificaba una revisión**⁵.
12. Del análisis efectuado se logra concluir que de las principales jurisdicciones antimonopólicas que cuentan con un sistema de control obligatorio de fusiones, del universo del operaciones revisadas por las autoridades antimonopólicas, **sólo el 4% (aprox.) de ellas justificaba en la práctica que fueran examinadas**, pues el 96% restante fueron resueltas en la primera fase de notificación o bien autorizadas sin reparos. El costo de oportunidad que conlleva notificar operaciones que no son potencialmente atentatorias a la libre competencia, el costo público que implica para el organismo de libre competencia revisar un universo de operaciones y el costo privado que significa para las partes de la operación someterse a un proceso de consulta, nos lleva a cuestionar si es éste el sistema ideal para Chile, tomando en consideración las características del mercado y el tamaño del mismo.
 13. A mayor abundamiento, la ICN (“The International Competition Network”) ha señalado que una autoridad de un país más pequeño forzada a revisar muchas operaciones, **puede quedar con poco o ningún recurso restante para perseguir otras importantes prioridades, incluyendo la lucha contra los carteles**⁶. Es decir, aquellos países cuyas instituciones antimonopolios no cuentan con una gran cantidad de recursos, deben ser precavidos al momento de implementar el sistema de control obligatorio de fusiones, ya que si los umbrales establecidos para las notificaciones obligatorias son muy bajos, éstas podrían verse sobrepasadas.

(c) Conveniencia de un Sistema voluntario.

³ El número restante corresponde a aquellas operaciones que fueron desistidas por las partes, no tuvieron pronunciamiento judicial, o bien fueron terminadas mediante “otras decisiones”. Estadísticas Comisión Europea. En línea: <<http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>>

⁴ El número restante corresponde a aquellas operaciones que fueron desistidas por las partes, no tuvieron pronunciamiento judicial, o bien fueron terminadas mediante “otras decisiones”.

⁵ Estadísticas entregadas en reportes trimestrales, disponibles en línea en:
http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/62/2014/may/Inf_Cofece-20140512.pdf
<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/62/2014/nov/Cofece-20141104.pdf>
<http://www.cofece.mx/phocadownload/Normateca/Informe/2oInformeTrimestral2014.pdf>

⁶ “A smaller authority forced to review too many transactions may have little or no resources left to pursue other important enforcement priorities, including cartel enforcement.” Setting Notification Thresholds for Merger Review. ICN Merger Notification and procedures Subgroup. p. 6

14. Quisiéramos proponer la adopción de un Sistema voluntario en lugar del Sistema mixto que contempla el Proyecto. **Una de las principales ventajas de un Sistema voluntario deriva en la eficiencia del mismo**, puesto que la FNE no deberá revisar aquellas operaciones que no afecten significativamente la libre competencia.
15. Lo anterior hace sentido a la luz de las estadísticas de aquellas jurisdicciones que cuentan con un sistema de control obligatorio de operaciones de concentración. ¿Es eficiente que la FNE revise un universo de operaciones donde, por tendencia, sólo el 4% aproximadamente de ellas justifique su revisión desde la perspectiva de la libre competencia?
16. La gran virtud de este sistema se ve reflejada en la **disminución significativa del costo público y privado asociado a la obligación de notificar la operación**, como asimismo la del costo de oportunidad debido al retraso en la implementación de la transacción o bien, el costo que significa que la operación de fusión finalmente no se lleve a cabo por la demora en obtener su autorización.
17. Por el contrario, reconocemos que las críticas de los detractores a un Sistema voluntario se ven reflejadas, principalmente, en la incertidumbre sobre cuándo consultar una operación de concentración, pues al no estar obligadas las partes de ésta a notificar a la FNE, el riesgo de ser posteriormente sancionadas sería mayor. Asimismo, como consecuencia de que las partes no están obligadas a notificar la futura transacción, se critica el riesgo social, económico e incluso político que conllevaría el hecho que operaciones de gran magnitud pasen inadvertidas, pues existe abundante doctrina que asume que la reversión total de operaciones de concentración, una vez materializada, es imposible o extremadamente onerosa de realizar (lo que es coloquialmente conocido en derecho de la competencia como “*unscrambling the eggs*”).
18. Se debe tener presente, sin embargo, que pese a la genialidad de la metáfora, en la práctica la mayoría de las mitigaciones que se han impuesto en Chile en procesos de consulta previa, autorizan la operación de concentración y las medidas de desinversión son posteriores, es decir, siguiendo con la metáfora, autorizan a “revolver los huevos” y luego separan una parte de ellos mediante la desinversión⁷.
19. Lo anterior, sin embargo, ha sido enmendado en el último tiempo, señalándose que el riesgo de que grandes operaciones pasen “desapercibidas” se ve mermado si la autoridad antimonopolio encargada de fiscalizar, en este caso la FNE, cumple un rol activo en la vigilancia de aquellos mercados más sensibles desde la perspectiva de la libre competencia. Igualmente, el riesgo disminuye cuando la legislación antimonopólica

⁷ Desde el año 2009, el TDLC ha conocido 16 consultas, de las cuales 6 fueron aprobadas con condiciones, algunas de ellas de carácter estructural, como ordenar (i) enajenar activos (SMU-SdS / Copec/ Shell-Terpel); (ii) enajenar participaciones (SMU-SdS); (iii) terminar contratos (Shell-Terpel); y (iv) deshacerse de frecuencias, slots & alianzas (Lan-TAM); en tanto que otras eran de carácter conductual, tales como (v) la prohibición de ventas atadas y discriminar injustificadamente (Radiodifusión SpA / SQM- Anagra); y (vi) la modificación de cláusulas (SMU-SdS / Radiodifusión SpA).

contempla la facultad que con posterioridad, tanto particulares como la autoridad antimonopolio, puedan desafiar la operación ya materializada presentando demandas.

20. De este modo, consideramos que ante la amenaza verosímil de un requerimiento por parte de la FNE o la demanda de un particular, la imposición de multas y medidas forzadas de desinversión, las partes que estén contemplando materializar una operación de concentración no sólo son las más interesadas en determinar si dicha operación presenta ciertas inquietudes respecto de su eventual carácter anticompetitivo, sino que además son las más idóneas para realizar dicha determinación.
21. Adicionalmente, un ejercicio interesante que nos gustaría resaltar es el efectuado por dos economistas australianos por medio del cual analizaron y compararon los riesgos y beneficios de un sistema obligatorio versus uno voluntario de control de fusiones⁸. Los economistas concluyen de su análisis que la gran diferencia entre un sistema y otro se aprecia en el ahorro sustancial en los costos de revisión para el regulador y los costos de notificación para las partes de la operación de concentración. Al comparar ambos sistemas, vislumbran que si un sistema voluntario cuenta con sanciones ex-post, el número de operaciones que “atrapa” es similar a uno obligatorio, pero a un costo menor, pues este último, además captura operaciones de concentración inocuas, que no requerían ser revisadas. Así entonces, los economistas señalan que en general, los resultados obtenidos de su análisis sugieren que la notificación voluntaria de una fusión puede alcanzar objetivos similares a los obtenidos por los sistemas obligatorios, pero a menores costos para las partes de la operación de concentración, así como para el regulador.
22. El principal motivo de la falta de notificaciones en Chile de operaciones de concentración no dice relación con su carácter voluntario, sino que a las falencias del procedimiento de consulta. En este sentido, el procedimiento que propone el Proyecto resuelve de manera relevante varios de los defectos del actual sistema de tal forma que, si en definitiva, Chile adopta un procedimiento ágil y que otorgue confianza a las partes, no será necesario acudir a un Sistema obligatorio que genera un gran costo público y privado que en definitiva puede afectar considerablemente el atractivo de Chile como un país ágil y amigable para atraer inversiones.

II. COMENTARIOS PARTICULARES POR MATERIA.-

A. Definición del concepto de “operación de concentración”.

23. El art. 47 del Proyecto prescribe una definición de *operación de concentración* que, a nuestro juicio, resulta excesivamente amplia y carece de claridad. Prueba de lo anterior es que la definición se refiere a que dos o más *agentes económicos* previamente independientes entre sí dejen de serlo, señalando algunos ejemplos de *cese de la independencia*. Advertimos que la propia definición engloba dos conceptos adicionales cuya acepción también se aborda en el art. 47, esto es, *agente económico* y *cese de*

⁸ “Compulsory or Voluntary Pre-merger Notification? Theory and Some Evidence”. Chongwoo, Choe and Shekhar, Chander (2009).

independencia, los cuales a su vez son conceptualizados mediante ejemplos y de forma excesivamente amplia.

24. A modo de ejemplo, calificar como un *cese de independencia* la circunstancia que dos agentes económicos se “*asocien bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico distinto de ellos*” podría eventualmente incluir contratos de suministro, distribución y licencia, así como consorcios no estructurales (es decir, en los cuales las partes sólo desarrollan conjuntamente un proyecto determinado, manteniendo plena independencia respecto de todas sus demás actividades). Del mismo modo, un contrato de arrendamiento, leasing o consignación también podría eventualmente interpretarse como un acto por el cual “*un agente económico adquiere el control sobre los activos de otro, a cualquier título*”.
25. Lo anterior inevitablemente genera incertidumbre respecto de la noción misma de una operación de concentración, puesto que el empleo de expresiones cuya acepción no es pacífica, y a modo meramente ilustrativo, impide a las partes en cuestión determinar en forma cierta si el acto o convención que pretenden perfeccionar califica efectivamente como una operación que deba ser consultada. Ello es particularmente nocivo por cuanto el Proyecto podría desincentivar el perfeccionamiento de innumerables actos cuya esencia es intrínsecamente pro-competitiva, pero que eventualmente podrían verse alcanzados por la amplitud de la definición de operación de concentración.
26. En consecuencia, quisiéramos proponer modificar esta definición con el objeto de acuñar un concepto más objetivo y preciso, que permitiese a las partes de la operación evaluar con precisión y certidumbre si el acto que desean perfeccionar debiese ser notificado a la FNE. Una forma de lograr dicha finalidad sería mediante el establecimiento de criterios objetivos que denoten una pérdida de independencia o la adquisición de influencia decisiva sobre un competidor, tales como la facultad de operar el curso de los negocios o la administración de una entidad con prescindencia del consentimiento del otro agente económico, o de vetar decisiones habituales de negocios.
27. Finalmente, y para evitar dudas o interpretaciones equívocas respecto de la ejecución de varios actos lícitos y pro-competitivos, nos gustaría igualmente sugerir que el Proyecto, o bien su reglamento, incluyera un catálogo más exhaustivo de actos y convenciones que usualmente debiesen considerarse como operaciones de concentración, así como de actos y convenciones que no debiesen serlo⁹.

B. Fijación de umbrales y ausencia del requisito de presencia o impacto local.

28. Nos ha llamado la atención que el art. 48 del Proyecto, al establecer los requisitos copulativos que debe cumplir una operación de concentración para generar la obligación

⁹ A modo ilustrativo, la Norma de Carácter General N° 30 de la Superintendencia de Valores y Seguros establece en el numeral 2.2 de su sección II veinte ejemplos de eventos que pueden revestir el carácter de hechos esenciales que deben informarse obligatoriamente. Al respecto, si bien el catálogo no es exhaustivo, la enumeración de una veintena de ejemplos permite al mercado inferir una serie de criterios, parámetros y factores que indudablemente colaboran a determinar si un hecho debe informarse como esencial o no.

de notificarla a la FNE, parece prescindir del requisito de vinculación o nexo local de la entidad objeto de la operación y su impacto económico. La doctrina es unánime en considerar que un Sistema debiese necesariamente limitarse a operaciones que tengan un impacto sustancial y verificable en dicha jurisdicción.

29. En este sentido, el referido art. 48 del Proyecto fija como umbrales para gatillar la obligación de notificar la operación, que (a) la suma de las ventas en Chile de los agentes involucrados en la operación supere cierto umbral, y (b) que en Chile, por separado, al menos dos de los agentes hayan generado ventas, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifica la notificación, por montos iguales o superiores a cierto umbral. Si bien el mismo art. 48 entrega la forma de cálculo de las ventas a que se refieren los literales (a) y (b) precedentes, dicha precisión no establece la necesidad de que la entidad objeto de la operación o *target* tenga ventas o activos en Chile.
30. En vista de lo anterior, eventualmente podrían verse alcanzadas por los requisitos del art. 48 operaciones que evidentemente no tengan presencia, nexo o impacto alguno en Chile, como por ejemplo, la adquisición, por parte de una compañía alemana fabricante de autos que se comercializan en Chile, de la filial de un fabricante chino (que también comercializa en Chile) dedicada al ensamblaje de autos para el mercado ruso. En tal evento, si tanto la compañía alemana como la china exceden los umbrales establecidos en el art. 48, y con prescindencia de que la entidad que es objeto de la adquisición (*target*) no tiene presencia, ventas ni vínculo alguno con el mercado nacional, las partes se verían obligadas a notificar la operación a la FNE.
31. En consecuencia, proponemos que el mencionado art. 48 del Proyecto establezca dentro de los requisitos copulativos que gatillan la obligación de notificar, el hecho que la operación tenga un impacto en Chile, y en concreto, se incorpore como un tercer requisito para determinar el umbral, el monto de las ventas del *target* en Chile.

C. Medidas de mitigación, interposición del recurso de revisión ante el TDLC algunos aspectos procesales.

32. El art. 57 del Proyecto prescribe que dentro del plazo establecido para conocer de la operación, el Fiscal Nacional Económico puede (a) aprobar la operación en forma pura y simple, (b) aprobar la operación a condición de que se dé cumplimiento a las medidas ofrecidas por el notificante o *que el Fiscal Nacional Económico estime pertinentes*¹⁰ (...); o (c) prohibir la operación notificada.
33. Adicionalmente, el mismo art. 57 establece que *“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*

¹⁰ Cabe destacar que la expresión en cursiva es inconsistente con el texto del mensaje, que en el literal (c) de su numeral 2 sólo contempla la posibilidad de que los agentes económicos que hayan practicado la notificación ofrezcan a la FNE medidas de mitigación, y que la resolución del Fiscal Nacional Económico sujete la aprobación de la operación a dichas medidas, y no *“otras que el Fiscal Nacional Económico estime pertinentes”*.

desde la notificación de la referida resolución, un recurso de revisión especial, el que deberá ser fundado”. En consecuencia, es posible concluir que el recurso de revisión especial sólo puede ser interpuesto en contra de la resolución que prohíba la operación, y no en contra de la resolución que la apruebe, pero sujeta a ciertas medidas de mitigación.

34. Sobre el particular, si bien valoramos la intención de delimitar la revisión de la resolución del Fiscal Nacional Económico para evitar variadas instancias de discusión que podrían acarrear ineficiencias, a nuestro juicio el Proyecto debiese contemplar una instancia para que las partes involucradas pudiesen discutir las medidas de mitigación eventualmente establecidas por el Fiscal Nacional Económico. Lo anterior se explica por el hecho que si dichas medidas sólo pueden ser (a) aceptadas en forma pura y simple por los notificantes, o (b) rechazadas por éstos, lo cual acarrearía la prohibición de la operación, advertimos que se generan incentivos para *sobre mitigar* la operación, ya que aun cuando las medidas que puede proponer el Fiscal Nacional Económico sean excesivas, las partes quedarán atrapadas en el dilema de aceptarlas pura y simplemente o recibir un rechazo total, incluso cuando haya consenso sobre la viabilidad de la operación y la disputa sólo se refiera a las mitigaciones.
35. De esta forma, un sistema que impida a los notificantes discutir las medidas eventualmente impuestas por el Fiscal Nacional Económico los enfrentaría a la decisión de allanarse a dichas medidas, con prescindencia de su mérito, magnitud e idoneidad, o rechazarlas y recurrir ante el TDLC, arriesgando la prohibición total de la operación.
36. Por otra parte, si bien reconocemos y valoramos que el Proyecto establece un plazo razonable y acotado para que el Fiscal Nacional Económico se pronuncie respecto de la aprobación o rechazo de la operación, debemos señalar que la conveniencia de dicho plazo se diluye al no establecer un plazo dentro del cual el TDLC debiese resolver el recurso de revisión especial. Por consiguiente, y estando conscientes de las limitaciones prácticas de establecer plazos fatales a órganos jurisdiccionales, nos parece que necesario que el Proyecto contemple un plazo para que el TDLC resolviese el recurso de revisión especial, el que tentativamente podría ser de 30 días contados desde la vista de la causa. Asimismo, la vista de la causa debiese ocurrir dentro de los 30 días de presentado el recurso de revisión especial.
37. En conclusión, proponemos que las partes puedan interponer el recurso de revisión especial ante el TDLC no sólo para el caso que la resolución del Fiscal Nacional Económico prohíba la operación notificada, sino también cuando la apruebe condicionada al cumplimiento de medidas de mitigación que no hayan sido aceptadas por las partes, y que dicho recurso deba ser resuelto por el TDLC dentro del plazo de 30 días desde la vista de la causa, la que debe tener lugar dentro de los 30 días siguientes a la interposición del recurso. Si el TDLC no tiene un plazo establecido, el Sistema en su totalidad se debilita porque es muy importante que el plazo total de tramitación sea expedito. A mayor abundamiento, la imposibilidad de recurrir por las medidas de mitigación y la incertidumbre del plazo para resolver el recurso constituyen dos riesgos del procedimiento que busca desincentivar la revisión judicial de las decisiones de la

FNE, lo que genera riesgos de sobremitigación en las operaciones de concentración. Operaciones sobremitigadas generan un perjuicio a la economía, porque implican un mayor grado de ineficiencia para las empresas sujetas a dichas mitigaciones.

D. Sanciones por infracción a obligaciones de consultar.

38. El art. 3 bis (a) del Proyecto hace aplicable el régimen general de sanciones del DL 211, consagrado en su art. 26, a quienes (a) infrinjan el deber de notificación del art. 48 del Proyecto; (b) perfeccionen la operación notificada mientras esté suspendida de conformidad con el art. 49 del Proyecto; (c) incumplan las medidas de mitigación que hubieren podido acordarse; o (d) perfeccionen una operación que fue prohibida por la FNE o el TDLC.
39. Por su parte, el Proyecto también pretende modificar el inciso segundo del actual artículo 26 del DL 211, aumentando el tope de la multa allí establecida de 20.000 unidades tributarias anuales 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”*¹¹. Sobre el particular, y sin perjuicio de los reparos que nos merece la magnitud desproporcionada de esta sanción (los cuales hemos tratado en el documento relativo al sistema de multas y sanciones), reconocemos que el Mensaje del Proyecto, en el literal (a) de su numeral 1, se enorgullece de proponer el aumento del monto máximo de las multas en el sentido recién citado, dando a entender que la supuesta insuficiencia del tope máximo actualmente vigente estaría circunscrita a la comisión de ilícitos de colusión, por lo que el nuevo tope constituiría una herramienta adecuada para prevenir y sancionar *“actos que atentan tan gravemente en contra de la libre competencia en los mercados”*.
40. Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que el Proyecto no efectúa la actual distinción de topes para el caso del ilícito de colusión y de los demás ilícitos que contempla el DL 211, estableciendo el referido tope transcrito precedentemente para la comisión de cualquier ilícito contra la libre competencia.
41. Estimamos que las infracciones al nuevo Título IV que el Proyecto agrega al DL 211 debiesen tener un régimen sancionatorio especial, acorde a la naturaleza preventiva del procedimiento de control allí consagrado. Sostenemos esta posición debido al hecho que los sistemas de control de operaciones de concentración son concebidos para evaluar, precisamente, si una determinada operación podría conferir poder mercado a sus partes intervinientes, restringiendo la libre competencia. Dicho de otro modo, las operaciones de concentración por regla general son beneficiosas y no constituyen un ilícito anticompetitivo, sino que son evaluadas y luego autorizadas o prohibidas en razón de sus propios méritos y los efectos nocivos que puedan causar a la libre competencia.

¹¹ Adicionalmente, el Proyecto también contempla la sanción de multa a beneficio fiscal de hasta 20 unidades tributarias anuales por cada día de retardo contado desde el perfeccionamiento de una operación con infracción del deber de notificarla de conformidad con el art. 48 del Proyecto.

42. Por consiguiente, no resulta lógico ni adecuado hacer aplicable el régimen general de sanciones que contempla el DL 211, que necesariamente supone como fundamento una infracción a su artículo 3°, a la infracción de deberes de notificación, de no perfeccionar la operación y de cumplimiento de las medidas de mitigación, según señalamos el precedentemente, toda vez que dicha infracción no conlleva en sí misma un atentado contra la libre competencia, debiendo ser calificada según su propio mérito.
43. En conclusión, somos de la opinión que el art. 3° bis que el Proyecto busca agregar al DL 211, que se hace cargo de infracciones que tienen un carácter eminentemente formal al procedimiento de control de operaciones de concentración, no debiese hacer aplicable el régimen de sanciones que contempla el art. 26 del DL 211, sino consagrar sanciones especiales que guarden proporcionalidad y sean adecuadas para sancionar dichas infracciones; limitando la aplicación del régimen general de sanciones para el caso que tales infracciones constituyan un ilícito anticompetitivo en sí mismas.
- E. La adopción de un estándar sustantivo en virtud del cual las operaciones de concentración serán analizadas.**
44. En la actualidad, las operaciones de concentración son indeseables en la medida que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o que tiendan a producir dichos efectos.
45. El Proyecto contempla un estándar sustantivo específico y diferenciado para resolver acerca de una operación de concentración, consistente en la “*reducción sustancial de la competencia*”, lo cual según el Mensaje del Proyecto representaría “*dar paso a un estándar sustantivo 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*”.
46. El estándar propuesto implica medir a las operaciones de concentración con una vara más rigurosa que el estándar establecido en el artículo 3° del DL 211. En consecuencia, operaciones que no infrinjan la libre competencia podrían ser rechazadas si se aplica este nuevo estándar.
47. Lo anterior es particularmente cierto respecto de operaciones de concentración que no otorgan poder de mercado, pero que disminuyen el número de partícipes en el mismo. A modo ilustrativo, en un mercado en que existen 6 partícipes, de los cuales dos tienen una participación cercana a 50% y 30% respectivamente, y los otros cuatro se reparten el 20% restante con un 5% cada uno, si estos últimos decidieran fusionarse y crearan un nuevo agente económico la competencia en dicho mercado podría verse *sustancialmente reducida* desde una perspectiva estructural, pero lo cierto es que dicha operación de concentración no otorgaría poder de mercado a sus intervinientes. Bajo el nuevo test sustantivo, la autoridad podría suponer entonces que en un mercado donde sólo existen tres actores sería más fácil coludirse que en uno donde existen seis y rechazar la operación condenando a los pequeños actores e impidiéndoles alcanzar las economías de escala que los facultarían para disputar en mejor pie el mercado a los líderes.

48. El test propuesto, que implica una propensión a “riesgos de coordinación”, de alguna manera pre-juzga sobre la posibilidad de cometer el ilícito de colusión, lo que constituye una infracción al sentido de justicia. Si las partes se llegan a coludir, el ordenamiento jurídico tendrá las herramientas para sancionar dicha colusión, pero no se puede imponer una sanción por la mera posibilidad que se coludan.
 49. Por otra parte, se ha sostenido que este test permite precaver operaciones que impliquen un riesgo de paralelismo consciente, el cual no sería punible conforme al DL 211. De este modo, si el paralelismo consciente no es punible, parece improcedente castigar de antemano la mera posibilidad que se produzca, rechazando una operación en virtud de un test sustantivo más laxo que el test sustantivo del DL 211.
 50. En consecuencia, proponemos mantener el estándar sustantivo actualmente consagrado, en consideración a que resulta más idóneo para calificar el mérito anticompetitivo de la generalidad de hechos, actos o convenciones.
- F. Aplicación del procedimiento establecido en el nuevo Título IV a la generalidad de los asuntos de carácter no contencioso.**
51. Identificamos al procedimiento de notificación de operaciones de concentración que el Proyecto establece en el nuevo Título IV como uno de sus mayores aportes y fortalezas. Como mencionamos a propósito de las características del sistema actual de control de operaciones de concentración, el procedimiento establecido en el art. 31 del DL 211 para conocer asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de dicho cuerpo legal de conformidad con su artículo 18 N° 2 es extremadamente largo y dista considerablemente de ser “no contencioso”.
 52. Por el contrario, el nuevo procedimiento que el Proyecto contempla agregar en el Título IV reviste las virtudes que a nuestro entender son fundamentales para cumplir con el propósito de substanciar asuntos no contenciosos de forma eficiente:
 - i. Primeramente, es un procedimiento eminentemente controlado por las partes intervinientes, que en términos generales evita que terceros ajenos al asunto puedan iniciarlo y dirigirlo, sin perjuicio que una vez iniciado, éstos puedan hacer valer sus opiniones y aporten antecedentes al mismo, velando de esta forma por un procedimiento más transparente e informado.
 - ii. En segundo lugar, constituye un procedimiento expedito, que contempla plazos breves y acotados para su resolución.
 - iii. Finalmente, el procedimiento se substancia ante la FNE, que a nuestro juicio constituye el órgano mejor capacitado administrativamente para llevarlo a cabo, puesto que tiene una mayor dotación que el TDLC y su estructura administrativa, en vez de judicial, le otorga mayor flexibilidad para negociar medidas de mitigación.

53. En definitiva, quisiéramos proponer que este nuevo procedimiento no se circunscriba al nuevo Título IV que el Proyecto pretende agregar al DL 211, sino que pueda aplicarse (realizando los cambios que sean necesarios, *mutatis mutandi*, en consideración a la naturaleza de los asuntos que se someterían al mismo) al ejercicio de las atribuciones a que se refiere el número 2) del artículo 18 del DL 211, reemplazando, por consiguiente, el procedimiento contemplado en su actual artículo 31.
54. A mayor abundamiento, sugerimos modificar el art. 38 de la Ley de Prensa, de tal forma que las operaciones que deben ser notificadas a la FNE en virtud de dicha ley, de ser éstas rechazadas, proceda ante el TDLC el recurso de revisión especial, y no el procedimiento no contencioso de consulta establecido en el artículo 31 del DL 211.

Santiago, mayo de 2015

DIEGO NOGUERA E.
PAULO LARRAIN M.
JOSÉ PABLO DULANTO G.
RAMÓN DOMÍNGUEZ H.

MIGUEL ZAMORA R.
NICOLÁS LEWIN M.
MANOLA QUIROZ H.
GUICELA RIVERA B.
RICARDO LÓPEZ V.

ANDRÉS RODRÍGUEZ A.
MARÍA DE LOS ÁNGELES CORREA R.
PAULA BENAVENTE Z.
BERNARDITA CALVO U.
DANIELA GAZMURI L

CAMILA GUARDA F.
FRANCISCO VIAL M.
DOMINGO EDWARDS M.
WALTER SCHULZ M.

MANUEL JOSÉ NOGUERA E.
CRISTIÁN LEWIN G
Socios Consejeros

**COMENTARIOS EN RELACIÓN AL RÉGIMEN DE CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN
CONTENIDOS EN EL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1 DE
2004, DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y RECONSTRUCCIÓN, QUE FIJA EL TEXTO
REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DEL DECRETO LEY Nº 211, DE 1973, QUE FIJA
NORMAS PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

A continuación, presentamos nuestras observaciones al proyecto de ley que “modifica el Decreto con Fuerza de Ley Nº 1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley Nº 211, de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia” (en adelante, el “Proyecto”), respecto a las disposiciones que modifican el régimen de control de operaciones de concentración.

1. **Concepto de Operaciones de Concentración.**

La definición de operaciones de concentración establecida en el Proyecto parece muy amplia en el sentido que no da cuenta de una razón de temporalidad en la pérdida de independencia. Resulta ejemplificador la frase que señala “*que tenga por efecto que dos o más agentes económicos previamente independientes entre sí dejen de serlo*”. Particularmente no se refiere a competidores y la frase “*en cualquier ámbito de sus actividades*” incluye situaciones adicionales en las cuales no necesariamente nos encontramos en forma propia ante una operación de concentración. A modo de ejemplo, pueden existir distintos niveles de colaboración entre competidores que no acarrear de por sí una operación de concentración, tal como ocurre en los acuerdos de colaboración para investigación y desarrollo, situaciones cuya revisión de conformidad al procedimiento propuesto resultan ineficientes.

A continuación, el Proyecto da ejemplos de ciertas situaciones constitutivas de operaciones de concentración, las cuales dan cuenta de una combinación de conceptos de derecho comercial y societario con instituciones conocidas bajo las normativas de libre competencia, lo que puede resultar en confusiones en esta materia.

El concepto de operación de concentración contenida en el Proyecto es muy amplia, considerando las sanciones que el mismo establece para el incumplimiento de la obligación de notificación y la certeza que busca entregar en materia de definición de umbrales para que una operación resulte, en definitiva, notificable. Lo anterior parece contradictorio con las facultades de la FNE para poder investigar operaciones que se encuentren bajo los umbrales y la aplicación de las normas generales ante ciertas situaciones que puedan quedar fuera del marco de la definición o de los umbrales establecidos para las operaciones de concentración, sin que con ello se solucione la observación realizada por la OCDE en el sentido de conocer claramente las operaciones y los umbrales de los cuales nace la obligación de informar.

¿Qué pasa con la pérdida de independencia parcial que se puede producir con la materialización de ciertas adquisiciones de participaciones minoritarias? ¿Quedan éstas comprendidas en el concepto de operación de concentración, generando en caso de exceder los umbrales cuya cuantía se entregan a la potestad reglamentaria? ¿Qué pasa con las actividades de investigación y desarrollo llevadas a efecto entre competidores? ¿Quedan comprendidas en éstas cualquier actividad de colaboración entre competidores?

En atención al diseño del sistema propuesto, que contempla la notificación obligatoria de las operaciones de concentración que excedan los umbrales que se establezcan, así como la posibilidad de presentar al sistema de control voluntariamente operaciones que se encuentren por debajo de los umbrales, sumado a la posibilidad de la FNE de revisar las operaciones de concentración que se encuentren bajo los umbrales establecidos, pareciera adecuado establecer umbrales relativamente altos, a la vez que restringir el concepto de operaciones de concentración a aquéllas usuales en el derecho comparado, de forma tal de entregar certeza respecto a las circunstancias propias que conforman una operación de concentración, lo que a su vez permite sancionar a quienes incumplan con el régimen establecido. De otra forma, el estándar de certeza requerido de parte de los obligados se torna difuso, lo que puede llevar a un exceso de control en esta materia. En este sentido, pareciera razonable utilizar un criterio distinto a la pérdida de independencia y utilizar quizás un estándar de obtención del control de otra entidad anteriormente independiente, en línea con lo que ocurre en la Comunidad Europea.

Por último, pareciera adecuado eximir ciertas operaciones del sistema de control de operaciones de concentración en casos en los que el efecto se produzca con motivo de licitaciones públicas u otras operaciones en mercados de valores, las que en todo caso deberían ser notificadas en forma previa, sin que se impida la participación en tales procesos, lo que sigue el modelo adoptado por la Comunidad Europea en la materia, permitiendo sólo actos de control para mantener el valor de los valores adquiridos hasta obtener autorización para materializar por completo la operación.

2. Del Procedimiento Establecido.

El procedimiento establecido en el Proyecto pareciera adecuado en cuanto a su duración a nivel de la revisión que efectúa la FNE.

Sin perjuicio de lo anterior, parece recomendable modificar la potestad de la FNE para bloquear operaciones de concentración. En este sentido, la tónica observada en otras jurisdicciones (véase el reporte del DOJ en <http://www.justice.gov/atr/public/workload-statistics.html>) es que las operaciones de concentración que provocan una restricción sustantiva de la competencia son la excepción. En este sentido, del total de operaciones analizadas por agencias extranjeras, sólo un porcentaje menor han sido bloqueadas o desafiadas. En consecuencia, considerando los objetivos buscados por el Proyecto relativos a la posibilidad de alcanzar acuerdos con la FNE respecto a las medidas de mitigación de aquellas operaciones que representen un mayor riesgo, resultaría adecuado establecer que la FNE no tenga la potestad para bloquear las operaciones de concentración más riesgosas, sino que deba iniciar un procedimiento ante el TDLC. De esta forma el peso de la acción y de la prueba recaerá sobre la FNE, la que deberá demostrar que la operación particular se encuentra entre aquellas excepciones en que la operación puede reducir sustancialmente la competencia en los mercados en que recae.

La propuesta señalada va en línea con nuestros principios constitucionales, siendo llamado el TDLC, en una etapa de revisión judicial, a resolver si una determinada operación de concentración vulnera el Orden Público Económico, a través de una disminución sustancial de la competencia en los mercados. Asimismo, este proceso genera los incentivos suficientes a las partes involucradas para revisar las diversas alternativas de mitigación con la FNE e impone a esta última el deber de alcanzar una convicción en cuanto a que la operación resulta dañina para la competencia en los mercados que incide, disminuyendo la discrecionalidad de la FNE en esta materia y permitiendo que solo aquellos casos que merezcan una revisión judicial lleguen a tal instancia.

Por otra parte, la instancia de revisión judicial contenida en el recurso especial de revisión, debiera amparar también aquellos casos en los que no se logre acuerdo en relación a las medidas de mitigación propuestas por las partes involucradas y aquellas definidas por la FNE, instancia en la cual la discusión sólo debería versar respecto a estas medidas y no en relación a la operación en sí misma y su autorización o denegación.

3. Gun Jumping e Intercambio de Información entre las Partes que Proyectan una Operación de Concentración.

Esta materia está asociada a las sanciones derivadas de perfeccionar la operación de concentración en forma previa a obtener la autorización de la autoridad correspondiente. En este sentido, las normas contempladas en el Proyecto no establecen un estándar claro en relación al concepto de materialización de las operaciones de concentración para la aplicación de sanciones en esta materia.

En EEUU, bajo las normas que regulan el control de operaciones de concentración (Hart Scott Rodino Act) el intercambio de información está permitido entre las partes que proyectan una operación de este tipo. Las restricciones actualmente aplicables dicen relación con evitar que, en los hechos, se configure una situación en la cual una de las partes adquiera la posición de *beneficial owner* de la otra, materializando la hipótesis de *gun jumping* (la materialización en los hechos de una operación de concentración en forma previa a su autorización) lo que se verifica en cuatro situaciones: (i) En el caso que una de las partes obtenga un derecho a percibir los beneficios derivados de dividendos o de cualquier aumento de valor de la otra parte; (ii) En caso que una de las partes asuma el riesgo de la pérdida de valor en la otra parte; (iii) Que una parte adquiera los derechos “políticos” o pueda determinar quien los ejerza en relación a la otra parte; o (iv) Que una de las partes mantenga la discrecionalidad de efectuar inversiones, incluyendo los derechos societarios de la otra parte involucrada. Básicamente los cuatro criterios señalados anteriormente se reducen a la posibilidad de obtener beneficios pecuniarios de la otra parte o el de pasar a detentar el control de esta última, lo que también resulta aplicable a los activos de la otra parte.

En este sentido, el intercambio de información resultaría sancionable desde la perspectiva del control de operaciones de concentración, cuando se configura una hipótesis de *gun jumping*. La situación actual en esa jurisdicción permite el intercambio de información comercialmente sensible, en cuanto el intercambio sea razonable y de utilización habitual en tales operaciones, dejando fuera de tales hipótesis las siguientes: (i) que la información esté relacionada razonablemente al entendimiento de los ingresos futuros esperados por la parte adquirente; (ii) que el intercambio se efectúe al amparo de un acuerdo de confidencialidad que limite el uso de información al *due diligence* y que prohíba la revelación de tal información a quienes son responsables de precios, marketing o ventas de la entidad que la recibe, permitiendo la entrega de información sensible a representantes no vinculados al agente del mercado interesado en el negocio y que sea éste quien la entregue de manera agregada posteriormente como opción a lo anterior.

Siguiendo con el análisis de las normas aplicables a operaciones de concentración en EEUU, las disposiciones usuales en este tipo de operaciones, tales como cláusulas de cambios materiales adversos y de curso normal de los negocios, son aceptadas y no lesionan los intereses resguardados por las normas de control de operaciones de concentración. Sin perjuicio de lo anterior, la aplicación de cláusulas que fijen precios, asignen mercados o cuotas de los mismos o consistan en cláusulas de no competencia en el período en que no se ha materializado la operación son consideradas como contrarias a la normativa que rige el control de operaciones de concentración. Por último, todo otro tipo de conductas de colaboración entre competidores será considerada lícita en la medida que así también lo sea sin considerar la operación de concentración propuesta.

Por otra parte, no han existido casos exitosos en relación a la aplicación de otras normas distintas al control de operaciones de concentración, por lo que resultaría conveniente establecer

expresamente que estas se rigen por el tipo genérico, o bien, delimitar la aplicación de sanciones por el nuevo título incluido en la ley referente a estas operaciones y la aplicación de las reglas generales, tomando en consideración la posibilidad de restringir la competencia por el mero hecho del intercambio de información comercialmente sensible en la etapa previa a la materialización de la operación de concentración, salvo aquellos casos relativos a operaciones de concentración simuladas, las que sólo tienen por objeto dar una apariencia de licitud a un intercambio de información sensible entre competidores.

En la Comunidad Europea, se mantiene la restricción de adoptar acuerdos entre las partes que pretenden celebrar la operación, en relación a limitar la independencia de éstas en materias tales como precios, inversiones, niveles de producción, territorios o clientes.

4. Sanciones Establecidas para el *Gun Jumping*

No queda del todo clara la aplicación de las sanciones contenidas bajo el nuevo título que regula las operaciones de concentración bajo el Proyecto, y su interacción con las sanciones generales contenidas en el art. 26 del DL 211. Lo anterior hace aconsejable acotar las sanciones a las infracciones a aquellas establecidas en el nuevo título que regula la materia, sin referencia al artículo 26, toda vez que se presta para confusiones y se presta, además, para la utilización oportunista de cada tipo de sanciones.

Lo anterior, es contrario al principio de otorgar claridad a las partes en relación al sistema que deben cumplir y las sanciones que se enfrentan.

Santiago, Mayo de 2015.-

Ref.: Comentarios de Philippi Prietocarrizosa & Uría al 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.

Santiago, 11 de mayo de 2015

Sr.
Julio Pellegrini V.
Consejero
Colegio de Abogados de Chile A.G.
Presente

De nuestra consideración:

En términos generales, estimamos que se trata de un buen proyecto de ley, que refleja las tendencias actuales en el derecho comparado de la competencia, y el cual, con ciertas modificaciones de forma y fondo, será beneficioso para la institucionalidad de libre competencia de nuestro país.

A continuación se señalan los comentarios preparados por nuestro Estudio con respecto al articulado del proyecto de la referencia:

I. MODIFICACIONES AL DECRETO LEY N° 211 DE 1973 (“DL 211”)

(a) **Modificación al artículo 3° letra (a)**: El proyecto busca eliminar el requisito que los acuerdos anticompetitivos confieran poder de mercado para asimilar la regulación de los acuerdos colusivos al tratamiento que éstos reciben en otras jurisdicciones en donde se les considera como infracciones *per se*. A este respecto, notamos que en el mensaje se indica que tratándose de acuerdos entre competidores que tienen por objeto fijar precios, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de licitaciones, además de no requerirse poder de mercado, resulta improcedente que los demandados o requeridos invoquen razones de eficiencia, que, en rigor, son inexistentes. Ello no se condice con el tratamiento que evolución que la regla *per se* ha tenido en Estados Unidos y en la Unión Europea.

En el primer país, se permite que los demandados invoquen consideraciones de eficiencias tratándose de acuerdos restrictivos adoptados en el contexto de colaboraciones productivas entre competidores.¹

¹ Broadcast Music, Inc. v. CBS, Inc., 441 U.S. 1 (1979).

Por otra parte, en la Unión Europea, aún con respecto a las infracciones por objeto (asimilables a la categoría *per se*) se permite a los demandados invocar consideraciones de eficiencia al amparo del artículo 101(3) TFEU.²

Estimamos que esta posibilidad de invocar consideraciones de eficiencia debiera contemplarse expresamente en el texto del artículo 3°, incluso respecto de los acuerdos que “nominalmente” puedan caer bajo la tipificación de la letra (a). Lo anterior es especialmente relevante atendida la criminalización de las conductas tipificadas en dicho artículo 3 letra (a). Ello es sin perjuicio que, naturalmente, la carga de la prueba respecto de las eficiencias recaerá sobre los demandados.

(b) **Nuevo artículo 3° bis**: Estimamos que resulta excesivo y desproporcionado aplicar las nuevas sanciones prescritas en el artículo 26 a las infracciones “procedimentales” contempladas en el artículo 3° bis. Por ejemplo, no nos parece que la falta de notificación de una operación de concentración pueda tener, al menos teóricamente, la misma sanción que una colusión.

(c) **Modificación al artículo 18 N° 2**: Debería aprovecharse la oportunidad para clarificar el objeto y alcance del procedimiento de consulta, y específicamente cómo éste se diferencia de un requerimiento cuando se pide que se declare que un acto o contrato existente infringe o puede infringir las disposiciones del DL 211.

(d) **Nuevo artículo 18 N° 4**: Estimamos que el recurso de revisión especial debiese proceder tanto contra las resoluciones del Fiscal Nacional Económico (“Fiscal”) que prohíben una operación de concentración, como contra aquellas que imponen medidas de mitigación con las cuales las partes no están de acuerdo. Ello permitiría que la discusión de las partes y la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) se concentre en las medidas de mitigación respecto de las cuales existe discrepancia.

(e) **Modificaciones al artículo 26**:

- i. **Literal (c)**: Se pretende reemplazar las multas sujetas a un tope máximo fijo por multas hasta por 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 periodo de la infracción.

En primer lugar, en caso que el infractor sea un organismo del estado o una asociación gremial, dichos topes máximos no aplicarían porque es posible que no exista un beneficio económico para dichas instituciones ni tampoco ventas sobre las cuales computar el 30%. En consecuencia, no existiría tope máximo ni punto de referencia para fijar las multas aplicables a estas entidades.

En segundo lugar, el tope del doble del beneficio económico obtenido o el 30% de las ventas parece ser excesivo considerando que no se limita a las ventas del infractor en Chile, como sucede en la Unión Europea.

² Matra Hachette SA v Commission of the European Communities, Case T-17/93, ECR 1994 II-00595.

Asimismo, el 30% tampoco se limita a las ventas a través de las cuales se cometió la infracción, lo que puede significar una desproporción entre las multas aplicadas a empresas uni-producto y las multas aplicadas a empresas multi-producto.

También se ha planteado que dicho tope del 30% puede ser superior al margen que obtienen las empresas en algunos mercados lo que probablemente las llevaría a la quiebra.

Finalmente, será necesario establecer una especie de procedimiento posterior ante el TDLC, una vez que ya se haya determinado la existencia del ilícito y la culpabilidad de los demandados, para determinar el monto de la multa en atención a los nuevos criterios. Dicho procedimiento puede ser abreviado y similar a lo que existe en materia civil cuando el demandante se reserva el derecho a discutir la especie y monto de los perjuicios para la etapa de cumplimiento incidental del fallo. Esto, por cuanto nos parece contrario al debido proceso que se obligue a los demandados a alegar que no incurrieron en la infracción que se les imputa, y en subsidio, litigar sobre cuál sería el monto de las ventas afectadas por la supuesta infracción, el periodo de la infracción, etc.

En general, existe una percepción de desconfianza frente a la aplicación de estos nuevos topos máximos dado que el TDLC y la FNE no siguen criterios precisos ni fundamentan latamente sus decisiones en materia de *quantum* de las multas aplicadas, a diferencia de lo que sucede en las jurisdicciones en que se basa el proyecto de ley.³

- ii. **Literal (d)**: La sanción consistente en la prohibición de contratar con órganos de la Administración del Estado hasta por un plazo de 5 años contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada, para quienes sean sancionados por las conductas previstas en la letra a) del Artículo 3, parece excesiva e incluso puede ser perjudicial para el propio Estado en aquellos casos en que, por ejemplo, existan pocos proveedores de un bien o servicio y éstos sean sancionados con dicha medida.
- iii. **Literal (e)**: En caso de no notificar una operación de concentración que debía ser notificada, se establece una multa periódica de hasta 20 UTA por cada día de retardo desde el perfeccionamiento de la operación. Sin embargo, no queda claro cuándo se dejaría de contar este plazo si la notificación nunca se practica, hasta que se presenta el requerimiento de la FNE, hasta que se notifica a los demandados, o incluso, hasta que exista sentencia definitiva firme en la causa. Tampoco queda claro cómo coexiste esta multa con la multa que se aplica según el artículo 26 por la misma infracción.

³ En Estados Unidos existen las “*United States Sentencing Commission, Guidelines Manual, §3E1.1 (Nov. 2014)*”, las cuales se revisan periódicamente y contienen una guía detallada del procedimiento que se recomienda a los jueces en la aplicación de multas y otras sanciones. En la Unión Europea, la Comisión Europea ha emitido las “Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003 (2006/C 210/02).

(f) **Modificaciones al artículo 39:** Como comentario general, estimamos que se debe velar por la igualdad de armas de los privados frente a la FNE, especialmente considerando las importantes herramientas que se le entregan a la FNE en virtud del proyecto de ley, la aplicación de la regla *per se* y la criminalización de la colusión. En este sentido, estimamos que se puede resguardar de mejor manera los derechos de quienes son investigados por la FNE, todo ello conforme a la garantía constitucional del debido proceso, particularmente en el contexto del derecho administrativo sancionador y el derecho penal.

Consideramos un avance el hecho que se pretenda facilitar el acceso de los investigados a los expedientes de investigación de la FNE, sin perjuicio que la utilidad de este nuevo derecho se vea limitada en las investigaciones que tengan el carácter de reservadas. En este punto, creemos que es esencial para resguardar el derecho de defensa de los demandados, que se obligue a la FNE a acompañar el expediente de investigación junto con la presentación de un requerimiento, con la confidencialidad o reserva que proceda respecto de piezas determinadas del expediente.

Asimismo, y especialmente considerando la criminalización de la colusión, debiese permitirse expresamente que los investigados que sean citados a declarar en virtud del artículo 39 letra (j) sean acompañados por un abogado, y además permitirse que los abogados puedan intervenir en las declaraciones ante la FNE cuando se formulen preguntas inductivas, improcedentes o cuya respuesta implique una auto-incriminación, por lo menos en investigaciones por colusión.

En este sentido, estimamos que debiese hacerse una mención expresa a que las garantías de los imputados que aplican en materia penal son plenamente aplicables a las investigaciones por colusión que lleve adelante la FNE. Es decir, debiese disponerse expresamente que se aplicarán los artículos 93 y siguientes del Código Procesal Penal.

Finalmente, y en lo que respecta al traslado de la facultad de formular recomendaciones de modificación normativa desde el TDLC a la FNE, estimamos que debiese regularse más claramente la participación de los particulares en dicho proceso, ya que, por ejemplo, no queda claro si los particulares pueden realizar una solicitud a la FNE en este sentido o aportar antecedentes aún no habiendo sido oficiados por la FNE para estos efectos.

(g) **Modificaciones al artículo 39 bis:** Nos parece positivo que se haya eliminado la restricción de que la reducción de la multa no pueda ser superior al 50% de la mayor multa solicitada para el segundo delator, porque de lo contrario pueden darse situaciones en que el segundo delator reciba la misma multa que aquellos que no recurrieron a la delación compensada. También estimamos importante que se busque proteger la confidencialidad de la solicitud de delación compensada al dejar claro que ésta no constituye un hecho esencial para los efectos de la ley 18.045.

Sin embargo, creemos que es necesario ir más allá y regular específicamente la confidencialidad de la solicitud de delación compensada y de los documentos e informaciones acompañados conforme a ella de cara a posibles procesos civiles para la indemnización de los daños causados, los cuales el proyecto busca alentar por la vía de permitir legalmente las acciones de clase. Si se permite la obtención de estos documentos por parte de potenciales demandantes civiles, los incentivos para presentar una solicitud de delación compensada podrían verse seriamente afectados, pues es posible que una empresa arriesgue montos mayores por indemnizaciones civiles que por multas, indemnizaciones que eventualmente podrían incluso buscarse en otras jurisdicciones que permiten la aplicación extraterritorial de sus leyes de competencia (por ejemplo,

Estados Unidos). Este no es un problema nuevo pues ha sido latamente discutido en Europa en los últimos años debido a las solicitudes de “*disclosure*” o “*discovery*” de los documentos de delación compensada, presentadas en procesos civiles, principalmente acciones de clase, y las solicitudes presentadas en virtud de las normas de transparencia.

Adicionalmente y en la misma línea, debiese permitirse al TDLC dictar versiones confidenciales de las sentencias, debidamente fundamentadas y con citas directas a los documentos y declaraciones de la delación compensada, las cuales sólo serían accesibles para las partes del procedimiento, y versiones públicas o redactadas, en las que se tarje toda aquella información proveniente del programa de delación compensada y que pudiese perjudicar la posición de los delatores frente a eventuales acciones civiles de indemnización de perjuicios.

(h) **Nuevo artículo 47:** La definición de operaciones de concentración, particularmente en la letra (c) resulta muy amplia y compleja. Eventualmente podría incluir diversas hipótesis que no debiesen considerarse como una concentración como, por ejemplo, *joint ventures* no-estructurales, acuerdos de distribución, etc.

(i) **Nuevo artículo 48:**

- i. **Inciso primero:** Debería explicitarse en qué momento se entiende que se produce el perfeccionamiento de una operación de concentración para evitar que las empresas tengan incertidumbre acerca del momento en que corresponde notificar una operación a la FNE, particularmente considerando que se establecen multas periódicas por cada día de retraso.
- ii. **Inciso primero, letra (b):** Para evitar la aplicación de las leyes nacionales a operaciones que no tienen ningún efecto en Chile, debiese exigirse que al menos uno de los dos o más agentes económicos que tienen ventas en Chile deba ser el *target* de la operación. De lo contrario, es posible que dos empresas que tienen ventas en Chile por encima de los umbrales pero que se están asociando para llevar adelante un *joint venture* en España, el cual además no exportará a Chile, se vean obligadas a notificar innecesariamente dicha operación a la FNE.
- iii. **Inciso penúltimo:** Respecto de las operaciones que por estar bajo los umbrales no sean notificadas a la FNE, se dispone que la FNE tendrá 1 año para instruir una investigación conforme al artículo 39 letra (a), el cual no impone límites de plazo para que la FNE concluya la investigación. Estimamos que este tipo de operaciones no debiese recibir un trato perjudicial respecto de las operaciones que tienen que notificarse obligatoriamente por superar los umbrales. En consecuencia, la FNE debiese aplicar el procedimiento contemplado en el nuevo título IV, *mutatis mutandi*, también respecto de estas operaciones.

(j) **Nuevo artículo 54:** Consideramos positiva la fijación de plazos acotados para la revisión de las operaciones de concentración por parte de la FNE ya que ello contribuye a generar mayor certeza y eficiencia en el desarrollo de los negocios. Sin embargo, es posible que, considerando que no se contempla un aumento en los funcionarios ni en los recursos asignados a la FNE, los plazos fijados en este artículo sean demasiado breves, generando un incentivo perverso para que la FNE abra una segunda etapa respecto de aquellas operaciones que por falta de tiempo no

alcanzó a revisar adecuadamente dentro de la primera etapa. Ello naturalmente es ineficiente y contraproducente para el sistema porque de hecho se estima que gran parte de las operaciones notificadas no presentarán riesgos que ameriten pasar a la fase 2. Debe considerarse que, de acuerdo a la experiencia comparada, la apertura de la fase 2 no sólo implica retardar la aprobación de una operación, sino que también envía señales negativas al mercado con respecto a los riesgos que presenta la operación notificada, generando incertidumbre y potencialmente llevando al abandono de operaciones que podrían haber resultado ser pro-competitivas.

(k) **Nuevo artículo 57:** Estimamos que el recurso de revisión especial debiese proceder tanto contra las resoluciones del Fiscal Nacional Económico (“Fiscal”) que prohíben una operación de concentración, como contra aquellas que imponen medidas de mitigación con las cuales las partes no están de acuerdo. Tampoco se señala la naturaleza de dicho recurso ni las reglas supletorias aplicables a su tramitación.

II. **MODIFICACIONES AL CÓDIGO PENAL**

(a) **Nuevo artículo 286 bis:** Al criminalizar la colusión, debe tenerse presente que existen ciertos acuerdos entre competidores que, al menos, “nominalmente” parecieran tener por objeto la fijación de precios, la limitación de la producción, la división de mercados, etc., pero que no obstante, producen más eficiencias que efectos anticompetitivos, como, por ejemplo, aquellos acuerdos que se celebran en el contexto de colaboraciones productivas entre competidores.

A este respecto, creemos que el tipo penal es demasiado amplio y pareciera capturar, en principio, aquellas hipótesis de acuerdos entre competidores que resultan ser, en balance, pro-competitivos. Reiteramos en este punto nuestras consideraciones efectuadas al analizar la introducción de la regla *per se*.

También estimamos que la pena establecida para el delito de colusión, que va de 5 años y 1 día a 10 años, resulta excesiva en consideración al disvalor jurídico de la conducta, y desproporcionada en relación a las penas establecidas para los demás delitos contenidos en el Código Penal. En efecto, las penas de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo están reservadas, por regla general, a los delitos que atentan contra la integridad física de las personas. Así, puede verse que ninguno de los delitos contra la industria, el comercio y las subastas públicas tipificados en el párrafo 7 del Título VI del Libro II del Código Penal lleva asignada una pena tan alta como la que se pretende introducir.

Ya que el proyecto cita a este respecto a otras jurisdicciones como Estados Unidos, debe tenerse presente que en el año 2014, el promedio de las condenas a cárcel en dicho país por colusión estuvo muy por debajo del límite mínimo de 5 años contemplado en el proyecto, siendo de tan sólo 2 años por condenado. Incluso, la condena máxima en Estados Unidos por infracciones de libre competencia ha sido de 5 años, precisamente en el año 2014, no existiendo registros de condenas superiores en dicho país.⁴ En el Reino Unido, uno de los pocos países europeos que ha criminalizado la colusión, la condena máxima también es de 5 años.

⁴ Véase <http://www.justice.gov/atr/public/division-update/2014/criminal-program.html>.

(b) **Nuevo artículo 286 ter**: En el entendido que uno de los objetivos del proyecto de ley es fomentar y fortalecer la delación compensada, no parece acertado que solamente quien primero aporte antecedentes a la FNE quede exento de sanciones criminales.

(c) **Nuevo artículo 286 quáter**: Consideramos que debe evitarse la posibilidad que existan procedimientos paralelos, en sede penal y de libre competencia, debiendo primero obtenerse sentencia ejecutoriada en sede de libre competencia antes de interponer querrela criminal. La interposición de requerimiento ante el TDLC podría ser el mecanismo por el cual se interrumpa la prescripción de la acción penal.

Si bien este artículo reserva exclusivamente a la FNE la iniciativa de querrela por el delito del artículo 286 bis, no sucede lo mismo con el artículo 285, el cual no es derogado explícitamente por el proyecto de ley. Ello puede dar lugar a que, en casos controversiales, en que exista una divergencia de visiones entre la FNE y el Ministerio Público, este último evite la aplicación del artículo 286 quáter, por la vía de fundar su acusación en el artículo 285 y no en el artículo 286 bis.

Equipo de Libre Competencia
Philippi Prietocarrizosa & Uría

MINUTA

PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL DECRETO LEY N° 211 Y LA FACULTAD DE RECOMENDACIÓN
NORMATIVA HOY RADICADA EN EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Para : Enrique Urrutia P.
Encargado Grupo 4
Comisión sobre Proyecto de
Modificación al DL 211
Colegio de Abogados

De : M. Isabel Díaz Velasco
Cristián R. Reyes Cid
Isabel Díaz & Asociados

Fecha : Mayo 6, 2015

Ref. : Modificación de facultad de
Recomendación Normativa prevista en
el artículo 18 N°4 del Decreto Ley N°
211.

De nuestra consideración:

Por medio de la presente, remitimos un análisis relativo a la reforma que propone 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" (el "Proyecto de Ley"), en lo que respecta al traspaso a la Fiscalía Nacional Económica (FNE) de la facultad de formular recomendaciones normativas, hoy radicada en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC)

1. El Proyecto de Ley. Con fecha 19 de Marzo de 2015 fue ingresado por Mensaje del Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados, el 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*", cuyo Boletín es el N° **9950-03**.
2. La facultad de recomendación normativa actualmente entregada al TDLC. Entre otras modificaciones de alta relevancia para el sistema e institucionalidad de libre competencia en Chile, dicho Proyecto de Ley modifica el citado cuerpo legal ("DL211") en relación a la facultad que el artículo 18 N° 4 entrega en la actualidad al TDLC, y que es del siguiente tenor:

“Artículo 18º.- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

“4) 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”.

3. Asignación de la referida facultad a la FNE. Pues bien, el Proyecto de Ley, restando dicha facultad al TDLC, la traspasa a la FNE, incorporando el siguiente literal q) al artículo 39 del DL 211, que establece las atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico:

“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”.

4. Motivos de la modificación legal referida. Conforme al Mensaje de dicho Proyecto de Ley, de 16 de marzo de 2015, el traspaso de la facultad de efectuar recomendaciones de modificación normativa desde el TDLC a la FNE constituye *“un necesario complemento a la facultad de realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados”*, que el mismo Proyecto otorga a la FNE, agregando que el propósito de ello es *“darle un curso más eficiente y expedito a tales propuestas, que se encontrarán debidamente fundadas en base a los estudios (...) que lleve a cabo dicho organismo”*.

5. Modificación accesoria contenida en el Proyecto de Ley. Sobre esta misma materia, además de la modificación señalada, el Proyecto incorpora la nueva letra q) del artículo 39, al inciso tercero del artículo 42 del DL 211, en relación a la obligación de los funcionarios y demás personas que prestan servicios en la FNE de guardar reserva sobre toda información, dato o antecedente de que puedan imponerse con motivo u ocasión del ejercicio de sus labores; en el siguiente sentido:

“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”.

6. Síntesis histórica de la facultad de recomendación normativa - Su origen. La norma contenida en el texto actualmente vigente del artículo 18 N°4 del DL 211 tiene como antecedente histórico una facultad análoga que el legislador le otorgó originalmente a la extinta Comisión Resolutiva, uno de los antecesores del TDLC, desde la dictación misma de dicha Ley.

En efecto, durante la existencia de las Comisiones Resolutiva y Preventivas, el DL211 establecía, en la letra d) de su artículo 17, lo siguiente:

“Artículo 17°. La Comisión Resolutiva supervigilará la adecuada aplicación de las normas de la presente ley y el correcto desempeño de los organismos que establece e impartirá las instrucciones generales a que deban sujetarse. Sus acuerdos o resoluciones serán obligatorias para las Comisiones Preventivas.

“Serán deberes y atribuciones de esta Comisión:

“d) Requerir la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios a que se refiere el inciso final del artículo 5°”.

Por su parte, el artículo 5° del DL211, actualmente derogado, disponía en lo que es pertinente a la materia objeto de esa Minuta, lo siguiente:

“Artículo 5°. Sin perjuicio de lo establecido en la presente ley, continuarán vigentes las disposiciones legales y reglamentarias referidas a las propiedades intelectual e industrial, a la minería especialmente al petróleo, a la producción, comercio y distribución del salitre, yodo y cobre; las contenidas en el Código Sanitario; las contempladas en la Ley de Alcoholes y Bebidas Alcohólicas; las que regulan la creación y funcionamiento de las empresas de servicios públicos o municipales; las relativas a empresas bancarias y bolsas de valores; como también las que digan relación con los transportes, fletamentos y cabotajes, y crédito prendario.

“Igualmente quedarán en vigor las disposiciones legales y reglamentarias que confieren a las autoridades atribuciones relacionadas con el ejercicio de las actividades económicas, incluso aquellas que se refieren a la fijación de precios máximos y control de su cumplimiento.

“Con todo, no podrá establecerse ningún estanco, ni aún en virtud de los preceptos referidos en los dos incisos precedentes, sin previo informe favorable de la Comisión Resolutiva.

*“La Comisión Resolutiva podrá solicitar la modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios, incluso los señalados en este artículo, **en cuanto limitando o eliminando la libre competencia, los estime perjudiciales para el interés común**”.*

Cabe señalar que el texto del citado inciso final del artículo 5° fue incorporado por el Decreto Ley N°2.760, publicado en el Diario Oficial con fecha 5 de julio de 1979, puesto que la norma

de 1973 sólo hacía referencia a los “preceptos señalados en este artículo”, de modo que originalmente la facultad de recomendación normativa estaba únicamente referida a las disposiciones legales señaladas en los primeros incisos del referido artículo, ampliándose seis años después a cualquier precepto legal o reglamentario¹.

De todos modos, es claro que - hasta el año 2004 - el legislador entendió como necesario entregar la señalada facultad a la Comisión Resolutiva, fundamentalmente, como una forma de compatibilizar la legislación vigente con la nueva normativa introducida por el DL 211.

Ahora bien, esta facultad de recomendación normativa, si bien *a priori* podría parecer más amplia que la actual (“perjudiciales para el interés común”), en la práctica era más restrictiva, puesto que sólo se refería a preceptos legales o reglamentarios que limitaran o eliminaran la libre competencia, y no a la posibilidad de efectuar tales recomendaciones con finalidades más proactivas, como “fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas”.

7. El texto vigente entre los años 2004 y 2009. Una de las modificaciones más relevantes efectuadas durante la historia del DL211, fue la realizada por la Ley N°19.911, la que -además de realizar importantes cambios en materia de los ilícitos anticompetitivos, el procedimiento para su investigación y sanción y las facultades de la FNE - estableció la creación del TDLC y la eliminación de las antiguas Comisiones.

Tal como ocurre hasta la fecha, el texto vigente del DL211 entre el año 2004 y el 2009 (año de dictación de la Ley N°20.361, última modificación relevante a dicho DL), señaló en su artículo 18 N° 4 (originalmente, artículo 17 C), lo siguiente:

“Artículo 17 C.- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

“4) 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”.

Conforme se aprecia de la Historia de la Ley N°19.911, no existió mayor discusión parlamentaria respecto de la incorporación del citado N° 4 del artículo 18², probablemente, debido a que la referida facultad ya existía en el DL 211, y lo que se pretendió con la nueva redacción era hacerla aún más amplia y adecuada a la nueva institucionalidad de libre

¹ El texto refundido, coordinado y sistematizado del DL 211 vigente a esa fecha fue fijado mediante Decreto Supremo N°511, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicado en el Diario Oficial el 27 de octubre de 1980.

² Cabe consignar que el texto original del proyecto señalaba en relación a esta facultad la palabra “Gobierno”, la que fue reemplazada por la Cámara de Diputados por la expresión “Presidente de la República”.

competencia, en la que - a partir de ese momento - se asentó un Tribunal independiente, con procesos generalmente regulados y con la transparencia y publicidad necesarias para que los afectados o interesados por sus resoluciones, pudieren hacer valer sus respectivos derechos³.

Sin embargo, cabe señalar que la manera práctica en que el TDLC ha entendido esta facultad de recomendación normativa, ha tenido sus matices.

8. Aplicación práctica de la facultad de recomendación normativa desde la creación del TDLC. Originalmente, el TDLC aplicaba la facultad prevista en el artículo 18 N°4 como parte de las medidas que decretaba al momento de dictar sentencia definitiva en los casos contenciosos de los que tomaba conocimiento. Así ocurrió desde la Sentencia N° 2/2004, dentro de la cual se dictó la actualmente denominada “*Proposición N° 01/2004*”.

También se aplicaba dicha facultad a propósito de resoluciones dictadas en asuntos no contenciosos, aunque de un modo más excepcional. Por ejemplo, la “*Proposición N° 06/2007*” formó parte de la Resolución N° 22/2007, recaída en un caso de operación de concentración.

Sin embargo, a partir del año 2009, la Corte Suprema estimó que dicha vía era improcedente, con ocasión de un recurso de reclamación en contra de la Sentencia N° 81 del TDLC, señalando al efecto lo siguiente:

“Que, finalmente, en cuanto a la decisión del tribunal de efectuar una proposición a S.E. la Presidente de la República, cabe señalar que si bien el artículo 18 N°4 del DL 211 señala entre las atribuciones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la 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, cabe señalar que ello no le es permitido hacerlo en la parte resolutive de una sentencia que se pronuncia en un procedimiento contencioso sobre actuaciones que pueden constituir infracciones a la ley que tiene por objeto la promoción y defensa de la libre competencia, toda vez, que como ya se dijo, la competencia en dicho ámbito se la entrega el artículo 26 del decreto mencionado, que señala las medidas que éste puede adoptar, sin que en ellas se mencione tal proposición” (Considerando 11°)⁴.

El TDLC acusó recibo de tal nueva doctrina recién en el año 2010, fecha en que dio origen al primer proceso no contencioso directamente referido al artículo 18 N°4 del DL, “*Sobre Régimen de Acceso a los Recursos Pesqueros*”, Rol ERN 12-10 (sic). A tal caso han seguido varios otros, llegando en la actualidad hasta el Rol ERN 23-15, de 23 de febrero de 2015 sobre intermediación de valores.

³ En palabras del Mensaje presidencial respectivo: “*El proyecto crea las condiciones necesarias para que las personas llamadas a analizar y decidir los posibles atentados a la libre competencia reúnan requisitos de excelencia profesional y alta dedicación, bajo un esquema de separación de funciones e independencia*”.

⁴ Sentencia C.S. de 15 de junio de 2009. Rol N° 1855-2009.

Cabe señalar, además, que el TDLC, hasta la fecha, ha estimado pertinente iniciar de oficio, varios de dichos procesos no contenciosos. Es el caso, por ejemplo, de los autos caratulados "*Expediente de Recomendación Normativa Artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211, sobre construcción y compartición de infraestructura de soporte emplazada bajo bienes nacionales de uso público*", Rol ERN 19-14.

Paralelamente, el TDLC ha utilizado otra forma para efectuar recomendaciones normativas conforme al artículo 18 N 4, esta vez en procesos contenciosos. Por ejemplo, en la *Proposición N° 13/2011*, de 19 de enero de 2011⁵, estimando necesario ejercer esta facultad, el TDLC dictó pronunciamientos paralelos a la sentencia definitiva dictada en el caso contencioso respectivo, de modo que de un mismo expediente han surgido dos documentos finales en paralelo.

Como se puede apreciar, al momento de efectuar recomendaciones normativas, el TDLC siempre ha tenido un procedimiento previo, sea contencioso o no contencioso, para efectos de dictar la correspondiente proposición, lo que ha permitido a los interesados hacer valer sus derechos conforme al DL 211.

9. Criterio del TDLC acerca de si el ejercicio de la facultad del artículo 18 N°4 es obligatorio o facultativo. Sin perjuicio de lo señalado, cabe indicar que no siempre el TDLC ha estimado siquiera necesario iniciar un proceso para hacer ejercicio de la atribución en comento, rechazando solicitudes en tal sentido *in limine*.

El principal fundamento de tal criterio dice relación con el hecho que el artículo 31 del DL 211, que regula el procedimiento no contencioso, sólo refiere a las atribuciones a que se refieren los números 2), 3) y 5) del artículo 18, no existiendo remisión al ejercicio de la facultad del TDLC consagrada en el N° 4 del artículo 18 del señalado texto legal.

Si bien tal posición podría ser discutible, ya que - en virtud del principio de inexcusabilidad - el hecho de no existir un procedimiento regulado no significa que el TDLC pueda no acoger a tramitación una solicitud efectuada conforme al artículo 18 N°4, cabe señalar que dicho criterio ha sido ratificado por la Corte Suprema. Así ocurrió, por ejemplo, con la sentencia recaída en un recurso de hecho de fecha 29 de enero de 2014 (Rol 81-2014), en que el Supremo Tribunal -desconociendo cómo se ha hecho aplicación práctica de dicha facultad- llegó a concluir lo siguiente:

"...la facultad concedida al mencionado tribunal no puede ser sometida a un procedimiento en que se regule la intervención de partes, por cuanto aquella importa un mandato del legislador dirigido exclusivamente al tribunal para que vele porque en nuestra legislación se deroguen preceptos que estime contrarios a la libre competencia y porque se incorporen a la misma normas que la fomenten. Tal mandato no implica el ejercicio de facultades jurisdiccionales, sin que pueda su ejercicio someterse al procedimiento establecido para los asuntos no contenciosos" (Considerando 3°).

⁵ "Demanda de Netland Chile S.A. y otro contra el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones", Rol C 179-08.

Tales criterios jurisprudenciales, tanto del TDLC y la Corte Suprema, han generado incertidumbre sobre el ejercicio de la facultad de recomendación normativa en comento, sin perjuicio que el TDLC ha seguido tramitando estos asuntos conforme al procedimiento no contencioso previsto en el DL 211, en casos que - al parecer - tienen a su juicio alta relevancia para la libre competencia en los mercados.

10. Análisis crítico de la modificación legal que contempla el Proyecto de Ley en relación a la facultad de recomendación normativa. A partir de los antecedentes señalados, sumados a la experiencia práctica de cómo ha sido ejercida la facultad prevista hasta la actualidad en el artículo 18 N° 4 del DL 211, es posible efectuar las siguientes consideraciones:

(a) *La facultad que se propone transferir a la FNE no es idéntica a la que actualmente detenta el TDLC.* La única diferencia que contendría la nueva letra q) del artículo 39 del DL 211, sería la incorporación de la siguiente frase final:

“Este tipo de proposiciones tendrán siempre como antecedente una investigación o un estudio sobre la evolución competitiva de los mercados”.

Dicha disposición pareciera, por un lado, operar como un requisito o criterio previo para que la FNE pueda ejercer válidamente la facultad de recomendación normativa. Es decir, ante la inexistencia de una investigación o un estudio, la FNE sería incompetente para ejercer dicha facultad.

Por otro lado, tal inciso pareciera dejar exclusivamente en manos de la FNE la facultad de iniciar recomendaciones normativas, privando a los particulares o incluso a organismos estatales de solicitar una recomendación normativa, toda vez que el control de las investigaciones y de los estudios lo tiene únicamente la FNE. Sería sólo ella quien decide qué investigar o respecto de cuál o cuáles mercados hará estudios sobre su evolución competitiva, formulando o no las recomendaciones normativas que estime procedentes.

(b) *El traspaso de dicha facultad, por ende, se vincula -primeramente- con la atribución de la FNE prevista en la letra a) del artículo 39 del DL 211.* Esto es, la tradicional facultad de instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones al referido cuerpo normativo, lo cual, como se vio, operaría como un criterio o requisito previo para que la FNE pueda ejercer esta facultad.

(c) *El traspaso de dicha facultad, además, se vincula con la nueva atribución de la FNE, relativa a realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados.* En el ejercicio de tal atribución, prevista en la nueva letra p) que se propone incorporar al artículo 39 del DL 211 y establecida para estar a la par con “*las agencias de competencia más desarrolladas del mundo*”, se autoriza a la Fiscalía hacer uso de las facultades contempladas en las letras f), g), h), j), k), l) y m) del mismo artículo, esto es:

(i) Solicitar la colaboración de cualquier funcionario de los organismos y servicios públicos, de las municipalidades o de las empresas, entidades o sociedades en

que el Estado o sus empresas, entidades o sociedades, o las municipalidades, tengan aporte, representación o participación.

- (ii) Requerir de cualquier oficina, servicio o entidad antes referidos, que pongan a su disposición los antecedentes que estime necesarios.
 - (iii) Solicitar a los particulares las informaciones y los antecedentes que estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique.
 - (iv) Llamar a declarar, o pedir declaración por escrito, a los representantes, administradores, asesores y dependientes de las entidades o personas que pudieren tener conocimiento de hechos, actos o convenciones objeto de investigaciones y a toda otra persona que hubiere ejecutado y celebrado con ellas actos y convenciones de cualquier naturaleza, respecto de algún hecho cuyo conocimiento estime necesario para el cumplimiento de sus funciones.
 - (v) Requerir de los organismos técnicos del Estado los informes que estime necesarios y contratar los servicios de peritos o técnicos.
 - (vi) Celebrar convenios o memorándum de entendimiento con otros servicios públicos y universidades, en materias de cooperación recíproca, y celebrar convenios con agencias u otros organismos extranjeros que tengan por objeto promover o defender la libre competencia en las actividades económicas.
- (d) *La modificación legal en comento no prevé un procedimiento para el ejercicio de la facultad de recomendación normativa.* Si bien el Proyecto de Ley incorpora la referida atribución en favor de la FNE, éste no señala de qué manera dicha autoridad hará ejercicio de la misma y, lo que resulta más complejo aún, no señala siquiera criterios básicos para dicho ejercicio, como podría ser la garantía de *participación* de los interesados en la propuesta de modificación normativa de que se trate, la *transparencia* del expediente que respalde la respectiva recomendación, y la posibilidad de *impugnación* de la resolución que finalmente adopte la FNE sobre la materia.

En adición a lo anterior, tratándose de investigaciones sobre diferentes mercados, la FNE suele requerir información sólo a las autoridades sectoriales y a las grandes empresas, en circunstancias que las más pequeñas pueden también verse afectadas por normativas que impiden o entorpecen la competencia.

- (e) Cabe anotar que el Proyecto agrega otra nueva facultad para la FNE, también en el artículo 39 del DL 211, consistente en “*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*”; pero ello de modo alguno asegura que, particularmente respecto de la atribución que se pretende incorporar en la letra q), se apliquen criterios tales como la participación, la transparencia y la posibilidad de impugnación de las decisiones que adopte dicha autoridad.

11. El Proyecto de Ley debiera más bien estar dirigido a perfeccionar el ejercicio por el TDLC de la facultad del actual artículo 18 N°4 del DL 211. Como se puede apreciar, la modificación contenida en el Proyecto de Ley sobre esta materia, pareciera profundizar y radicalizar la incertidumbre en cuanto a la naturaleza y el procedimiento aplicable respecto de la facultad de realizar recomendaciones normativas, toda vez que hace aún menos participativa su

tramitación, menos transparente y no contempla la posibilidad práctica de impugnar las decisiones de la FNE, como ya se expresó.

Ello se confirma con el hecho de que, históricamente, las investigaciones de la Fiscalía han sido en su mayoría reservadas, sin permitir el acceso a la información respectiva, de modo que - de aprobarse la modificación materia de esta Minuta - ni siquiera existirá la posibilidad de hacer valer los respectivos derechos en un procedimiento transparente, participativo y en que sea posible interponer recursos procesales, como ha ocurrido hasta la fecha en los procesos contenciosos y no contenciosos seguidos ante el TDLC⁶. En efecto, los procesos en que hasta ahora se ha discutido proponer o no una recomendación normativa, han estado sujetos a algún tipo de procedimiento que, aunque perfectible, ha estado dotado de la debida publicidad y donde todos los interesados y autoridades concernidas, en su caso, han podido expresar su opinión⁷.

En concepto de los suscritos, y conforme a lo señalado, no debe acogerse la proposición del Proyecto de Ley en las materias aquí referidas. Y si eventualmente dicha modificación fuere aprobada, considerando las nuevas y amplias atribuciones que el Proyecto le otorga a la FNE, será imperativo establecer criterios mínimos por parte del legislador para el de la facultad de recomendación normativa, a fin de que exista un adecuado equilibrio y control en el ejercicio de tales potestades por parte de dicha autoridad.

En todo caso, resulta incomprensible que el Proyecto de Ley, por una parte, le quite al TDLC diversas atribuciones de importancia y se las entregue a la Fiscalía, mientras que - al mismo tiempo - convierta a este Tribunal con dedicación *preferente* en uno con dedicación *exclusiva* (Punto 6 letra a) del Proyecto de Ley), lo que no hace sino poner en duda la necesidad y eficacia de traspasar la facultad de recomendación normativa a la FNE.

12. La Corte Suprema coincide, en general, con el análisis planteado. Tal como consta en el "Informe Proyecto de Ley 14-2015. Antecedente: Boletín No 9950-03" (Oficio N° 52-2015, de 28 de abril de 2015), en relación a la facultad materia de la presente Minuta, el Máximo Tribunal del país es claro en estimar que:

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

⁶ Lo señalado es sin perjuicio que, como se ha visto, según el criterio de la Corte Suprema, la facultad hoy entregada al TDLC de efectuar recomendaciones normativas "no implica el ejercicio de facultades jurisdiccionales, sin que pueda su ejercicio someterse al procedimiento establecido para los asuntos no contenciosos".

⁷ Hay que tener presente, además, que el artículo 16° de la Ley N° 19.880, que fija las "Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado", establece que: "El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él. En consecuencia, salvo las excepciones establecidas en la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado y en otras disposiciones legales aprobadas con quórum calificado, son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, así como sus fundamentos y documentos en que éstos se contengan, y los procedimientos que utilicen en su elaboración o dictación."

*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” (el destacado es nuestro).*

Lo anterior, da cuenta cierta de una coincidencia entre lo señalado en esta Minuta con la opinión de la Corte Suprema, en cuanto a la inconveniencia de abstraer el conocimiento de los asuntos relativos a recomendaciones normativas del ámbito que corresponde al TDLC, agregando un argumento también valioso y contundente, como es el hecho que diversas leyes especiales (como telecomunicaciones, puertos, agua y gas) exigen la emisión de informes por parte de dicho Tribunal y -por lo mismo- un conocimiento acabado de los mercados, lo que lo legitima aún más para conservar la facultad que actualmente prevé el artículo 18 N° 4 del DL 211.

13. Propuestas. A partir de lo señalado a lo largo de esta Minuta, nos permitimos hacer las siguientes proposiciones de enmienda al Proyecto de Ley, en relación a la materia a que nos hemos referido:
 - (a) *Eliminar del Proyecto de Ley toda disposición que traspase del TDLC a la FNE la facultad actualmente contenida en el artículo 18 N° 4 del DL 211. Como se adelantó, en opinión de los suscritos, debe rechazarse esta proposición, sin perjuicio de la necesidad de establecer criterios claros y definidos en el texto actual del DL 211, en cuanto a (i) que se señalen las causales para que el TDLC ejerza o no dicha atribución, pudiendo la decisión de no ejercerla ser impugnada mediante el recurso de reposición y eventualmente reclamación ante la Corte Suprema; (ii) que dicha facultad se ejerza conforme al procedimiento establecido en el artículo 31 del DL 211, mediante una modificación que incorpore al inciso primero de dicho artículo una remisión al N° 4 del artículo 18, debiendo la resolución de inicio del expediente de recomendación normativa también ser publicada en el Diario Oficial; (iii) que se garantice la *transparencia* del expediente que respalde la respectiva recomendación, como ocurre fácticamente en la actualidad; y (iv) que se clarifique las vías de *impugnación* de la resolución mediante la cual el TDLC realice una proposición normativa.*
 - (b) *En subsidio, establecer un procedimiento especial para el ejercicio de la facultad normativa por parte de la FNE. Así, se sugiere incorporar - a lo menos - los siguientes aspectos:*

- (i) Que dicha facultad sea ejercida por la FNE de oficio, a petición de un tercero que justifique un interés legítimo o a solicitud de una autoridad concernida en la materia, de modo que la misma no quede restringida a la sola discreción de la FNE.
- (ii) Que la iniciación del respectivo proceso esté dotado de mecanismos de publicidad, por ejemplo, mediante la publicación de un extracto en el Diario Oficial y en la página web de la FNE.
- (iii) Que los interesados y autoridades concernidas en la respectiva materia, puedan acceder a todos los antecedentes del expediente respectivo, hacer las presentaciones que estimen pertinentes e impugnar las decisiones que la FNE tome al efecto.
- (iv) Que el inicio del respectivo proceso sea también comunicado al TDLC, quien de oficio o a petición de parte podrá decidir iniciar un procedimiento abreviado para el ejercicio por parte de ese Tribunal de la facultad de recomendación normativa, en que los interesados puedan aportar antecedentes, pudiendo evaluarse - a discreción del TDLC - la pertinencia de realizar o no una audiencia pública en esta instancia.

A su disposición para discutir la presente Minuta, saludan atentamente

M. Isabel Díaz Velasco

Cristián R. Reyes Cid

ISABEL DÍAZ & ASOCIADOS



Propuesta de reconsideración del rol de la potestad consultiva del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

I. Justificación de la existencia de la potestad consultiva

1. El artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N°211 de 1973 (“DL 211”) dispone que el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) tendrá dentro de sus atribuciones y deberes “[c]onocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”.
2. El principal objetivo de la norma citada es otorgar certidumbre y seguridad acerca de la compatibilidad de un determinado hecho, acto o contrato, existente o por celebrarse, con la legislación vigente en materia de libre competencia, lo que favorece tanto a los agentes económicos involucrados en dichos hechos, actos o contratos, como a la comunidad, representada en sus intereses en lo económico por la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”).
3. La existencia de dicha herramienta, se justifica en el hecho de que resulta esperable que las consultas al TDLC, empleadas como un “mecanismo de intervención preventivo del Estado en la actuación de los agentes económicos, sea una opción menos costosa socialmente que la actividad sancionatoria *ex post*, toda vez que contribuye a reducir los costos asociados a la incertidumbre acerca de las reglas que rigen el intercambio económico y aquellos que son generados por los procesos judiciales destinados a establecer responsabilidades por presuntas infracciones a la ley y por la aplicación de sanciones”¹.
4. El TDLC se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la relevancia de su función preventiva. A título ejemplar, con ocasión de la Sentencia N°86/2009, consideró que: “la potestad para absolver consultas de este Tribunal, establecida en el artículo 18 número 2 del Decreto Ley 211, entrega a esta magistratura las atribuciones para conocer de asuntos de carácter no contencioso y declarar la concordancia o disconformidad entre determinados hechos, actos o contratos proyectados o ejecutados y la libre competencia”². Además, agregó que “la mencionada potestad tiene una función preventiva ordenada a evitar o minimizar la posibilidad de que hechos, actos o convenciones determinados, proyectados, ejecutados o

¹ Javier Velozo y Daniela González, “Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia” en “La Libre Competencia en Chile del Bicentenario”, Ed. Thomson Reuters. 2011, p. 26-27.

² Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N°86/2009, de 30 de julio de 2009, considerando N°1.



celebrados, puedan llegar a lesionar o poner en riesgo la libre competencia o continuar causando daño o poniendo en peligro dicho bien jurídico”³.

5. El sistema de consultas para obtener certidumbre acerca de la legalidad de un hecho, acto o convención desde el punto de vista del derecho de la libre competencia, se cierra con el artículo 32 del DL 211. Dicha disposición establece que “[l]os actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación”.
6. La idea que subyace a la forma en que se interrelacionan las disposiciones citadas consiste en habilitar una vía para que los agentes económicos puedan, para obtener seguridad jurídica, someter a consulta el hecho, acto o contrato que les merece dudas. Por lo demás, así lo ha entendido el TDLC, afirmando que: “conforme con las señaladas disposiciones legales, este tribunal efectúa, previa consulta, el control de los hechos, actos o contratos que le presenten quienes se propongan a ejecutarlos o celebrarlos –entre los cuales destacan las operaciones de concentración entre agentes económicos–, con el objeto de otorgar a las partes involucradas certeza jurídica acerca del hecho, acto o contrato a realizar, en términos que lo resuelto no pueda ser cuestionado como contrario a la libre competencia, según lo preceptuado en el artículo 32 del mismo cuerpo legal”⁴.
7. En ese contexto, por definición, los casos que se espera sean sometidos a la potestad consultiva del TDLC son aquellos que resultan difíciles de resolver para las partes. Las hipótesis en que existe claridad sobre, en un extremo, la legalidad de su actuación y, sobre el otro, respecto de la anti-competitividad de la misma, no requerirán de un pronunciamiento especial del TDLC y podrán ser resueltas con éxito por los propios agentes económicos interesados.
8. Ahora bien, la libre competencia se caracteriza por contar con amplias zonas grises, en que una misma conducta puede ser considerada competitiva o anticompetitiva dependiendo de determinadas circunstancias (extensión temporal, organización industrial del mercado, niveles de concentración observables, mirada formal versus mirada basada en los efectos, etc.), resultando muchas veces difícil emitir un pronunciamiento definitivo sobre la legalidad de una determinada actuación en un caso concreto. Más aún, es posible constatar que incluso “los criterios utilizados en sede de libre competencia para determinar la juridicidad de una conducta

³ Ídem., considerando N°2.

⁴ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Autoacordado N°12/2009, considerando N° 2.



son muy dinámicos, en concordancia con los constantes avances en la investigación teórica y empírica en materias relacionadas con la organización industrial⁵”, razón por la cual lo que en un momento se consideró lícito podría entenderse como contrario a derecho en otro, y viceversa.

9. Lo anterior, fue comprendido durante la tramitación de la Ley N°19.911, ocasión en que se recalcó la relevancia de la potestad consultiva, sosteniéndose que “la posibilidad de consultar al Tribunal será de gran utilidad práctica, pues permitirá tener certeza de la calificación que merezca un determinado hecho, acto o convención que pudiera considerarse atentatorio en contra de la libre competencia”⁶.
10. Consideramos que el enfoque casuístico, que forma parte de la esencia del derecho de la competencia, puede generar niveles relevantes de incertidumbre, inseguridad e incerteza para los agentes económicos, lo que termina por afectar su desempeño eficiente en los mercados y su posibilidad de adoptar decisiones económicamente óptimas.
11. En razón de lo anterior, se advierte la relevancia⁷ de que el TDLC cuente con una potestad consultiva que le permita pronunciarse a tiempo sobre la legalidad o reprochabilidad de los hechos, actos o contratos puestos en su conocimiento, otorgando la necesaria seguridad y certeza jurídica correlativa a los agentes económicos que se encuentren interesados en ello, evitándose la necesidad de intervenir únicamente cuando el daño anticompetitivo se encuentre materializado.

II. Restricciones al rol de la potestad consultiva del TDLC

12. Al observarse el funcionamiento de la potestad consultiva del TDLC, es posible detectar que su rendimiento u operatividad es menor al que podría esperarse que desempeñase en un país con un sistema de libre competencia en vías de consolidación, y en el que los agentes económicos se encuentran en proceso de tomar consciencia acerca de la relevancia del respeto de la normativa de libre competencia y de los límites y contornos de aquello que la competencia permite, promueve o prohíbe.

⁵ Javier Velozo y Daniela González, Op. Cit., p. 27.

⁶ Historia fidedigna del establecimiento de la Ley N°19.911, p.180.

⁷ La relevancia de la potestad consultiva del TDLC ha sido reconocida, incluso, por el mensaje del proyecto de Ley que fortalece el sistema de libre competencia en Chile (“PdL”), señalando que “[l]a 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”. (Mensaje 009-363, de fecha 16 de marzo de 2015).



13. A nuestro juicio, las causas de la subutilización de la herramienta prevista por el artículo 18 N° 2 del DL 211, posiblemente se relacionan con: **(i)** una interpretación estricta sobre su extensión, tanto en razón de la materia como de la legitimación activa y; **(ii)** la existencia de un procedimiento excesivamente largo y costoso, en el que participa un número relevante de intervinientes, muchas veces con intereses creados o, derechamente, con motivaciones oportunistas, que entran o introducen riesgos exorbitantes para los agentes económicos, quienes tienen poco control y predictibilidad acerca de los términos en que concluirá el procedimiento de consulta una vez que se ha puesto en marcha.
14. A continuación, con una intención meramente descriptiva, explicaremos brevemente los términos en que se ha planteado la discusión acerca de la extensión de la potestad consultiva tanto en razón de materia como de legitimación activa. Luego, revisaremos someramente los problemas que se derivan de la forma en que se encuentra estructurado el procedimiento de consultas y que, en nuestra opinión, han dificultado enormemente su operatividad.

A. Alcance de la potestad consultiva en razón de materia

15. El artículo 18 N° 2 del DL 211 tiene como objeto de referencia el conocimiento de asuntos de carácter “no contencioso”, distinguiéndose de los procedimientos infraccionales que son susceptibles de ser conocidos por el TDLC en virtud del artículo 18 N°1 del mismo cuerpo legal, razón por la cual el tribunal aludido ha entendido la necesidad de *testear* cada vez que se solicita su intervención ejerciendo potestades consultivas, el hecho de que la naturaleza del asunto sea *genuinamente* de naturaleza no contenciosa y no se encuentre utilizando la forma de un procedimiento de consulta para ocultar una pretensión punitiva, “evitando con ello, la verificación de consultas demandosas”⁸
16. A su vez, en el análisis preliminar mencionado, el TDLC ha sostenido consistentemente a través del tiempo que “aquello que determina que un asunto sea de carácter contencioso o no contencioso es su naturaleza y no la voluntad de los solicitantes, y ha declarado la inadmisibilidad de consultas que parecen esconder más bien denuncias de presuntas conductas anticompetitivas específicas o, dicho de otro modo, la imputación de infracciones ya realizadas al artículo 3° del D.L. N°211, que puedan requerir un examen amplio de juridicidad y de reprochabilidad, y que entrañen una pretensión más acorde con un proceso jurisdiccional”⁹⁻¹⁰.

⁸ Ricardo Jungmann, “Informe en Derecho acerca de la facultad para iniciar un procedimiento de consulta respecto a hechos, actos o contratos por celebrarse”.

⁹ Javier Velozo y Daniela González, Op. Cit., p. 31.



17. Las razones que han sido esgrimidas para declarar la inadmisibilidad de tales presentaciones consisten, en general, en que se han denunciado derechamente infracciones a la legislación antimonopólica, o bien, se ha requerido el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, a través del establecimiento de medidas, remedios o prohibiciones que resultan, en opinión del TDLC, asimilables a los instrumentos concebidos como sanciones en el artículo 26 del DL 211. Tales pretensiones, según la jurisprudencia de dicho tribunal, requerirían de un procedimiento que otorgue las garantías del debido proceso, en especial, del derecho a defensa y a la legítima contradicción, elementos y principios que no se encontrarían suficientemente resguardados por el proceso previsto para la tramitación causas no contenciosas.
18. Pese a la consistencia mostrada por el TDLC a lo largo de su historia en cuanto al rol de la potestad consultiva y a la imposibilidad de emplear el procedimiento de consultas para la sustanciación de causas de carácter contencioso, hasta la fecha no se han entregado directrices claras acerca de dónde se encuentra el límite entre formular una consulta para obtener un pronunciamiento acerca de la anti-competitividad de un hecho, acto o contrato y la imputación de una infracción al derecho de la libre competencia. Del mismo modo, tampoco es claro dónde se encuentra el límite entre medidas que pueden imponerse en el contexto de una consulta y las sanciones que pueden ser establecidas como resultado de un procedimiento de carácter contencioso. Lo que sí resulta claro, es que el TDLC ha tendido a ser cauto en relación con la amplitud de materias que son susceptibles de ser conocidas mediante la facultad consagrada en el artículo 18 N°2, con el objetivo de permitir que se cumplan las garantías del debido proceso y el principio de contradicción cada vez que han existido atisbos de imputaciones de comportamientos contrarios a la competencia o se ha solicitado la imposición de sanciones.

B. Alcance de la potestad consultiva en razón de legitimación activa

19. El artículo 18 N°2 del DL 211, otorga la legitimación activa para promover un asunto de carácter no contencioso a quien tenga interés legítimo y al Fiscal Nacional Económico. El concepto de “interés legítimo” ha generado dudas interpretativas acerca de la extensión que ha de otorgársele como condición de legitimación activa.
20. En ese contexto, salvo contadas excepciones, no por ello menos notables o trascendentes¹¹, el TDLC ha tendido a interpretar de forma restrictiva lo que ha de ser entendido por interés legítimo, con el objetivo de evitar que se presenten consultas oportunistas o dolosas, lo que

¹⁰ A título meramente ejemplar. Véase, entre otras, las resoluciones de término recaídas en las causas Rol NC N° 143-06; NC N° 143-06; NC N° 291-08; NC N° 296-08; NC N° 342-09; NC N° 379-10; NC 418-13.

¹¹ Véase, por ejemplo, el inicio del procedimiento de Fusión “Lan-Tam”, por medio de una consulta presentada por la asociación de consumidores “Conadecus”.



podría ocurrir en virtud de que, “[p]or ejemplo, un competidor podría estar interesado en obstaculizar las actuaciones de uno o más de sus rivales y no tener ninguna otra razón plausible para consultar, lo que no podría bajo ninguna circunstancia considerarse como un interés dotado de legitimidad”¹². De este modo, el tribunal aludido ha negado en diversas oportunidades la posibilidad de iniciar un procedimiento de consulta, por el hecho de haber sido puestas bajo su conocimiento por terceros no involucrados en los hechos, actos o contratos, que se encuentran por celebrarse¹³.

21. La identificación de esta clase de riesgos derivados de la actuación interesada u oportunista de terceros, también fue tenida a la vista en la discusión parlamentaria sobre la Ley N°20.361, considerándose riesgosa la posibilidad de intervención de terceros sin más interés que el de entorpecer el acto. En ese sentido, el H. Diputado Sr. Juan Bustos, “[c]onsiderando que se trataba de una situación de carácter preventivo, se inclinó porque la legitimación activa la detentara solamente la autoridad, ya que se trataría de un asunto complejo y expuesto a problemas de artimañas”¹⁴.
22. La doctrina nacional también ha mostrado su preocupación acerca de los conflictos que podría traer aparejada una interpretación amplia de las normas sobre legitimación activa en materia de consultas. En ese sentido, Jungmann ha sostenido que el carácter marcadamente voluntario que tiene el régimen de consulta de nuestro sistema hasta la actualidad, se vería contaminado si se introdujera una interpretación amplia del concepto de interés legítimo en tanto las partes podrían no estar interesadas en someter los hechos, actos o contratos en que se involucren al pronunciamiento del TDLC, pudiendo quedar obligados a ello por la decisión de un tercero¹⁵.
23. Valdés, por su parte, ha hecho notar que las preocupaciones sobre consultas oportunistas, por una parte y, “demandosas”, por la otra, se encuentran íntimamente relacionadas, sosteniendo que “el riesgo de extender la noción de interés legítimo, en el caso de consultas sobre conductas actuales, hasta el punto según el cual un tercero puede consultar acerca de un hecho, acto o convención, ejecutado o celebrado por un competidor del consultante, radica en que por ella vía puede un procedimiento esencialmente administrativo y no contencioso prestarse oblicuamente a una verdadera *litis*, la cual se desarrollaría en un ambiente procedimental carente de las garantías, bilateralidad y prueba que naturalmente se requieren para la solución de una controversia”¹⁶.

¹² Javier Velozo y Daniela González, Op. Cit., p. 28.

¹³ En ese sentido, a título meramente ejemplar, véase las resoluciones de término recaídas en las causas no contenciosas rol NC 143-2006; NC 233-07; NC 405-2012.

¹⁴ Historia fidedigna del establecimiento de la Ley N°20.361, pp. 154 y 155.

¹⁵ Véase, Ricardo Jungmann, Op. Cit., pp. 14 y 15.

¹⁶ Domingo Valdés, “Libre Competencia y Monopolio”, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 619.



24. Así las cosas, parece relativamente asentada, tanto en nuestra doctrina como en la jurisprudencia, la idea de que la posibilidad de gatillar un procedimiento de consulta debe encontrarse radicada en manos de quienes tienen una participación directa en los hechos, actos o contratos de que se trate y de la FNE, en representación de los intereses de la colectividad.
25. De este modo, los intereses de otros agentes que podrían tener un sustento razonable deberán quedar resguardados de modo indirecto a través de mecanismos distintos al de la consulta y que la propia legislación franquea al efecto: **(i)** posibilidad de presentar una denuncia ante la FNE; **(ii)** presentación de una demanda ante el TDLC; **(iii)** oportunidad para intervenir en los procedimientos de consulta que hayan tenido origen en razón de una presentación efectuada por quienes se hayan encontrado legitimados para ello¹⁷.

C. Problemas que se originan en virtud del procedimiento previsto para sustanciar consultas

26. El artículo 31 del DL 211 regula el procedimiento que habrá de seguirse una vez presentada una consulta de aquellas previstas en el artículo 18 N°2 del mismo cuerpo normativo. El procedimiento aludido cuenta con algunas características que lo dotan de la mayor publicidad y, además, entrega amplias posibilidades de participación o intervención a favor de todos quienes pudiesen tener un interés relativamente directo en el resultado del proceso.
27. Según las estadísticas disponibles en la propia página web del TDLC un procedimiento de consulta tiene una duración, en promedio, de 8 meses ante dicho tribunal¹⁸. Sin embargo, luego de ese período, resulta probable que la incertidumbre se mantenga debido a la posibilidad de que se presente un recurso de reclamación que obligue a elevar el asunto al conocimiento de la Corte Suprema. El procedimiento ante la Corte Suprema presenta una duración promedio de tres a seis meses.
28. Por otra parte, la regulación misma del proceso contempla y, en ocasiones, exige, la intervención de la FNE, de otras autoridades concernientes, asociaciones de consumidores, actores de la industria, competidores de los consultantes, socios comerciales de los mismos, entre otros. Todo lo anterior, genera diversas consecuencias que desincentivan el empleo de la herramienta prevista en el artículo 18 N°2 del DL 211: **(i)** extensión de la duración del procedimiento; **(ii)** reducción considerable del control o manejo que los interesados puedan mantener sobre el procedimiento; y, **(iii)** aumento de los niveles de incertidumbre y falta de predictibilidad de los resultados del proceso.

¹⁷ Véase, Ricardo Jungmann, “Informe en Derecho acerca de la facultad para iniciar un procedimiento de consulta respecto a hechos, actos o contratos por celebrarse”, p. 12.

¹⁸ Estadística de elaboración del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Disponible en: <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/No%20Contenciosas%20-%20Duraci%C3%B3n.pdf>



29. Por las razones esgrimidas, creemos que tanto la extensión temporal del procedimiento como la incertidumbre sobre sus resultado (aprobación o rechazo, exigencia de medidas conductuales o estructurales gravosas), vuelven cara y riesgosa la decisión de someter un hecho, acto o contrato al pronunciamiento del TDLC.

III. Relevancia del problema en el contexto del PdL

30. Como es de público conocimiento, una de las principales deficiencias del sistema de libre competencia en Chile se encuentra marcada por la inexistencia de un sistema específico de control de operaciones de concentración y por el establecimiento de un régimen voluntario de consulta destinado al efecto¹⁹. El PdL introduce una serie de mejoras sustanciales en esta materia, entre las que se encuentra el establecimiento de un procedimiento especial para el control de operaciones de concentración.

31. Ahora bien, el hecho de que se establezca dicho procedimiento especial tiene como consecuencia previsible una reducción relevante del –ya exiguo– empleo de la potestad consultiva del TDLC. De hecho, en nuestra opinión, de no mediar una modificación relevante de las reglas sustantivas y procedimentales que se encuentran vigentes en la materia, la potestad consultiva del TDLC caería en desuso por las razones que fueron expuestas anteriormente²⁰.

32. En ese contexto, y tomando en consideración las múltiples ventajas que podría ofrecer un ejercicio profuso de la potestad consultiva del TDLC en términos de labor preventiva del sistema, certidumbre para los agentes económicos y evitar una sobrecarga del sistema en materia de fiscalización y persecución *ex post*²¹, consideramos que resultaría beneficioso invertir en rediseñar la herramienta que nos provee el artículo 18 N°2 y el procedimiento que se destine para sustanciar las causas que se inicien en virtud de dicha disposición.

33. Conseguir el objetivo descrito, requiere que el sometimiento de un hecho, acto o contrato al conocimiento del TDLC resulte atractivo para los agentes económicos, razón por la cual resulta necesario modernizar la tramitación de las consultas, limitar las posibilidades de intervención de terceros que no tengan un interés real que defender en el procedimiento, reducir los plazos requeridos para contar con un pronunciamiento definitivo, entre otros.

¹⁹ Véase, por todos, OCDE. “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”. Informe del Secretariado de la OCDE, 2014.

²⁰ Véase Sección II, *supra*.

²¹ Véase Sección I, *supra*.



34. De esta forma, podría incentivarse la revisión por parte del TDLC de contratos o cláusulas contractuales entre privados, de determinadas políticas de precios o descuentos, de utilización de algoritmos computacionales, de bases de licitación, sólo por mencionar algunos ejemplos. Consultas que hoy resultan poco probables a imposibles en razón de que los costos y riesgos que introduce el procedimiento público, abierto y de lato conocimiento vigente, operan como un fuerte desincentivo a presentar dudas consideradas de pequeña o mediana entidad por los agentes económicos.
35. Así las cosas, fortalecer la potestad consultiva como mecanismo de solucionar preventivamente problemas o riesgos para la competencia que podrían traer aparejados determinados hechos, actos o contratos, podría dinamizar el funcionamiento de los mercados y mejorar las posibilidades de actuación de los agentes económicos que participan de ellos.
36. Un sistema de la naturaleza descrita podría, por una parte, otorgar seguridad jurídica a los agentes que se encuentren interesados en validar determinados comportamientos o convenciones y, por otra, generar directrices o líneas jurisprudenciales que puedan servir para señalar y guiar el comportamiento de los demás actores en el mercado, con los beneficios que aquello podría traer para el correcto desempeño de una economía de mercado.
37. En el derecho comparado se han utilizado herramientas de similares características a la propuesta, sobre todo, en momentos de consolidación de los sistemas de libre competencia en que los agentes económicos aún manifiestan dudas o vacíos de conocimiento acerca de sus valores, extensión y límites²². Incluso, cabe tener presente que nuestro país ya ha mantenido una experiencia, a nuestro juicio, exitosa en la materia, en razón del rol ejercido por las Comisiones Preventivas existentes con anterioridad a la creación del TDLC y que en innumerables ocasiones resolvieron dudas de competencia respecto de determinados hechos, actos o contratos, de forma rápida y eficaz, proveyendo guías de comportamiento en favor de los agentes económicos interesados en ello.

IV. Propuesta

38. En concreto, sugerimos el establecimiento de un nuevo procedimiento que tenga por objeto resolver dudas acerca de la adecuación de hechos, actos o contratos con la normativa de libre

²² Ejemplo paradigmático es el ofrecido por el sistema europeo de competencia que ha previsto, con numerosas y relevantes modificaciones, un mecanismo para someter al conocimiento de las autoridades de competencia determinados actos o contratos, con el objeto de obtener una exención o inmunidad si es que estos son validados por dichos organismos. Véase, el Reglamento N° 17/62 de la CEE, publicado con fecha 21 de febrero de 1962, que tuvo su última modificación mediante el Reglamento N° 1/2003. Para una revisión rápida del funcionamiento del sistema actual: http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26092_es.htm



competencia, con la finalidad de otorgar un grado razonable de seguridad jurídica a los agentes económicos y un control preventivo eficiente sobre el funcionamiento de los mercados. A nuestro juicio, una herramienta efectiva para incentivar y hacer operativa la potestad consultiva del TDLC, debiese contar con las siguientes características:

- (i) sistema de consulta voluntario con restricciones serias sobre las hipótesis en que un agente puede ser legitimado activo para iniciarlas. Lo anterior, con el objeto de que el procedimiento de consulta no se transforme en una herramienta para impedir u obstaculizar los negocios ajenos;
- (ii) obligaciones de información veraz, precisa y oportuna, aplicables a los interesados;
- (iii) una vez iniciado el procedimiento, posibilidad para que la FNE y los demás interesados en los resultados del mismo, en una sola audiencia, puedan ejercer su derecho a intervenir en el procedimiento y ser oídos;
- (iv) plazos breves para resolver de forma definitiva el asunto;
- (v) posibilidad de efectuar recomendaciones o de someter la inmunidad o exención al cumplimiento de condiciones determinadas;
- (vi) posibilidad de beneficiarse de una exención de responsabilidad en materia de libre competencia una vez que el TDLC haya manifestado su opinión favorable respecto del asunto que fue puesto bajo su conocimiento;
- (vii) obligación de buena fe general y establecimiento de límites a la exención de responsabilidad en caso de que se haya entregado información manifiestamente falsa o incompleta, se haya obrado con dolo por las partes o se haya omitido información esencial para la resolución de la consulta, así como para los casos en que se aporten nuevos antecedentes que hagan necesario revisar lo resuelto;
- (viii) establecimiento de un sistema recursivo limitado, que permita a los interesados impugnar resoluciones sólo en caso de que se observen abusos graves y calificados.

Minuta

El secreto profesional en relación a algunas facultades del Fiscal Nacional Económico en el texto actual de la Ley de Defensa de la Libre Competencia y en el Proyecto de Ley de marzo de 2015.

El Fiscal Nacional Económico (FNE) tiene actualmente, entre otras, las siguientes facultades, conforme al artículo 39 del DL 211:

Conforme a la letra h), solicitar a los particulares las informaciones y antecedentes que estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique. Si el requerido estima que la entrega de la información y antecedentes irroga perjuicios a él o terceros, podrá solicitar fundadamente al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) que deje sin efecto el requerimiento, cuyo pronunciamiento no será susceptible de recurso alguno.

El Artículo primero, N° 13, letra d) del Proyecto de Ley agrega dos párrafos a la letra h), disponiendo sanciones corporales para quienes den información falsa y facultándola para requerir del TDLC la aplicación de multas por cada día de atraso en la entrega de la información o antecedentes requeridos.

Según la letra j), llamar a declarar, entre otros, a los representantes, asesores y dependientes de las entidades o personas que puedan tener conocimiento de hechos, actos o convenciones objeto de investigación y a toda otra persona que hubiere ejecutado o celebrado con ellas actos o convenciones de cualquier naturaleza, respecto de algún hecho cuyo conocimiento estime necesario para el cumplimiento de sus funciones.

El Artículo primero, N° 13, letra e) del Proyecto de Ley agrega un párrafo final a la letra j) del artículo 39, estableciendo que el FNE podrá requerir del TDLC la aplicación de multas a quien injustificadamente no comparezca a declarar habiendo sido citado.

Tanto las personas indicadas en la letra h) como las señaladas en la letra j), ambas del artículo 39, que no cumplan con lo dispuesto por el FNE y con ello entorpezcan una investigación, podrán, además de aplicárseles las sanciones ya vistas, ser apremiadas con hasta 15 días de arresto aplicados por el juez en lo criminal competente, a solicitud de la FNE.

La letra n) del artículo 39 del texto vigente del DL 211 autoriza al FNE, en casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar las actuaciones señaladas en la letra) del artículo tercero y previo cumplimiento de los requisitos que la misma letra n) establece, para requerir de Carabineros o la Policía de

Investigaciones, bajo la dirección de un funcionario de la Fiscalía Nacional Económica para:

- Que proceda a entrar a recintos públicos o privados, y si fuere necesario, allanar y descerrajar;
- Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción;
- Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones; y
- Ordenar a cualquiera empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones recibidas o transmitidas por ella. de

Si bien en el ejercicio de las facultades señaladas en la letra n) deben respetarse diversas disposiciones del Código Procesal Penal (CPP), entre ellas sus artículos 217 y 220, los cuales establecen garantías que resguardan aspectos importantes del secreto profesional y el inciso 4 de la letra n) del artículo 39 del DL 211 protege expresamente a las comunicaciones entre abogado y cliente de la interceptación telefónica¹, hay que consignar lo siguiente:

- i. Las normas del CPP referidas sólo son aplicables en los casos de la letra n) del artículo 39, y no respecto de las demás atribuciones del FNE, como, por ejemplo, las mencionadas en las letras h) y j) del mismo artículo 39 y ;
- ii. En ninguna parte del DL 211 ni en el Proyecto de Ley se recoge el derecho/deber básico de todo abogado, de no estar obligado a prestar declaración, de palabra o por escrito, sobre circunstancia que hubiere conocido en el ejercicio de su profesión.

Vistas las atribuciones actuales del FNE, las que se verán reforzadas con las nuevas disposiciones del Proyecto de Ley de ser él aprobado, se considera indispensable incorporar en tal Proyecto disposiciones destinadas a proteger el secreto profesional, de similar naturaleza a las que contiene al respecto el CPP, pero con algunas protecciones efectivas al deber y derecho del secreto profesional de los abogados.

¹ “Sin perjuicio de lo anterior, la Fiscalía no podrá interceptar las comunicaciones entre el sujeto investigado y aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado”.

Los artículos del CPP que se refieren al secreto profesional son los siguientes:

- Artículo 303. Exime de la obligación de declarar a los abogados, entre otros, respecto de los secretos que se le hubieren confiado en el ejercicio de su profesión o función legal, salvo los casos en que se les hubiese relevado de tal confidencialidad.
- Artículo 304. Las personas señaladas en el artículo 303 deberán comparecer ante el tribunal y explicar los motivos en que se ampara su facultad de no declarar, pudiendo ser suficiente, a juicio del tribunal, una declaración jurada o promesa respecto de la veracidad de tales motivos. Asimismo, la relación del abogado con su cliente no lo exime de la obligación de prestar declaración como testigo respecto de los demás imputados, a menos que su declaración pudiera comprometer al cliente.
- Artículo 217. El abogado que tenga en su poder objetos o documentos relacionados con el hecho investigado, o que pudieren ser objeto de comiso o constituir prueba, no podrá ser apercibido a entregarlos.
- Artículo 220. El abogado no podrá ser apremiado a entregar ni serán objeto de incautación las comunicaciones mantenidas con su cliente, así como notas que hubiese tomado, ni los objetos o documentos a los cuales se extienda naturalmente la facultad del artículo 303 y que se encuentren en poder del abogado. Lo anterior se extenderá a las oficinas del abogado. La norma contiene excepciones -abogado imputado y bienes y documentos que provienen de un hecho punible o sirvieron para la comisión de un delito.
- Artículo 222 inciso tercero. Prohíbe interceptar las comunicaciones entre el imputado y su abogado, salvo que lo decrete el juez de garantía por existir sospechas fundadas de que éste pudiere tener responsabilidad penal en los hechos investigados.

En definitiva, se propone consagrar expresamente disposiciones similares a las señaladas, pero aclarando que todo tipo de comunicación abogado-cliente, aún en poder del cliente, no debe ser objeto de requerimiento de información ni de incautación -y en caso de producirse esta última sin conocimiento de estar sujeta a secreto profesional, debe ser inmediatamente ignorada y destruida o devuelta según corresponda a su titular. Esta

protección, finalmente, debe operar tanto respecto de abogados externos como de abogados internos que por su cargo desempeñen efectivamente una labor de asesoría legal a la empresa.

Se adjunta **Anexo** con un Memorándum que resume el concepto y alcance del secreto profesional del abogado, las disposiciones constitucionales, legales y profesionales que lo regulan y alguna jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema relativa al tema.

ANEXO
MEMORÁNDUM
EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO

I. Naturaleza, concepto y alcance del secreto profesional del abogado

En su acepción más amplia, el secreto profesional se puede definir como el deber que tienen los miembros de ciertas profesiones, como los médicos, los abogados, los notarios, etc., de no descubrir a terceros los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión.

El secreto profesional del abogado es algo inherente al ejercicio de su profesión, cuya existencia resulta de la naturaleza de los servicios que presta y su desconocimiento constituye una grave traba para dicho ejercicio, ya que afecta la libertad con que él se realiza e impide una adecuada defensa y asesoría de sus intereses.

El conocimiento por la sociedad de la obligación de secreto que tiene un abogado, permite que se recurra a sus servicios con libertad, sin verse expuesto a la revelación más o menos pública de situaciones íntimas, bochornosas o constitutivas de infracción legal.

La vinculación del abogado con su cliente es, necesariamente, una relación de confianza, que de no mediar el secreto profesional, no podría generarse, con consecuencias evidentes para los fines buscados por el cliente y el ejercicio profesional.

En el ámbito de los negocios, el secreto profesional permite su desarrollo y conclusión, sin interferencias ilegítimas de terceros.

El secreto profesional del abogado se puede definir, *“como un deber del abogado hacia los clientes que perdura en lo absoluto, aún después de haber concluido los servicios profesionales, y como un derecho del abogado ante los jueces, pues no podría aceptar que se le revelen confidencias si supiere que puede ser obligado a revelarlas. En consecuencia, el abogado, con toda independencia de criterio, puede y debe negarse a contestar las preguntas que le lleven a violar el secreto profesional o lo expongan a ello.”* (Oficio N°41-07, 3 de agosto de 2007, Consejo General del Colegio de Abogados de Chile A.G.).

De la definición resulta que el secreto profesional del abogado tiene dos caras, una conformada por un deber hacia el clientes de guardar sus confidencias y, otra, constituida por el derecho a no revelarlas.

En virtud del deber de confidencialidad y de su derecho al secreto profesional, el abogado está liberado de la obligación de declarar como testigo, cuando de ello pueda resultar comprometida su obligación de confidencialidad o su derecho al secreto profesional.

El secreto profesional que rige para los abogados resguarda no sólo la persona de éstos, asegurando también la inviolabilidad de su oficina y alcanzando a todos los documentos, soportes físicos, electrónicos o de cualquiera naturaleza que contengan información sujeta a confidencialidad, así como a la información producida por el abogado con carácter de confidencial.

A continuación se transcriben considerandos de diversos fallos de la Excma. Corte Suprema, reconociendo el secreto profesional y estableciendo sus alcances:

“OCTAVO: Que el objeto del secreto profesional, en el caso de los abogados, encuentra su fundamento en el ejercicio mismo de la abogacía pues ella importa, principalmente, informar al cliente lo que el derecho le exige en una determinada situación, señalarle qué debe hacer para pasar de su actual situación a otra deseada y hacer valer los derechos o pretensiones de los que goza en cada caso para los cuales es necesario un acabado conocimiento de las situaciones fácticas que sólo el cliente puede otorgar, cuestión que importa tener acceso y conocer hechos no conocidos públicamente y que el cliente quiere mantener en dicha opacidad, todo ello enmarcado en una relación en que el cliente confía y tiene seguridad de que sus confidencias no serán objeto de difusión.

De lo dicho se desprende claramente que la existencia y reconocimiento del secreto profesional es una cuestión de interés público pues permite asegurar las condiciones que promuevan que el cliente dé acceso o informe al abogado las situaciones de hecho que permitan a éste una adecuada defensa de los intereses que le ha encomendado proteger, encontrando garantía en el sistema legal de que dichos antecedentes quedarán resguardados por el secreto profesional.”

“DECIMO: Que en concordancia con lo expresado, el Código de Ética Profesional dictado por el Colegio de Abogados de Chile reglamenta el secreto profesional de los abogados. Así el artículo 7º señala: “El abogado debe estricta confidencialidad a su cliente. En cumplimiento de su obligación debe exigir que se le reconozca el derecho al secreto profesional con que la ley lo ampara. La confidencialidad se extiende a toda la información relativa a los asuntos del cliente que el abogado ha conocido en el ejercicio de su profesión, norma que ha de ser relacionada con la letra a) del artículo 46 del mismo Código –en cuanto a la litis importa– que dispone: “El abogado debe abstenerse de revelar la información cubierta por su deber de confidencialidad, así como de entregar, exhibir o facilitar el acceso a los soportes materiales, electrónicos o de cualquier otro tipo que contenga dicha información y que se encuentre bajo su custodia . Así, el secreto profesional se extiende, entonces, a todos los antecedentes con que cuente el abogado y que digan relación con el encargo que ha recibido.” (Considerandos de fallo recaído en recurso de queja Rol 5337-2013)

También vale la pena consignar lo expuesto en los considerandos séptimo y octavo de la sentencia de la Excm. Corte Suprema, dictada en los autos sobre Recurso de Ilegalidad, interpuesto contra el Consejo para la Transparencia, Rol 5746-2013, que con fundamento en el Código de Ética, reconoce el derecho al secreto profesional del Consejo de Defensa del Estado y sus abogados, con el voto en contra del Ministro Sr. Muñoz que estuvo sólo por reconocerlo respecto de los abogados y no de ese organismo:

SEPTIMO: Que, el artículo 7° del Código de Ética Profesional de la Orden, consagra el derecho de confiabilidad y secreto profesional del abogado como un deber hacia el cliente que se extiende a todo hecho, circunstancia, documento, dato o antecedente que el abogado que asuma una defensa haya tomado conocimiento ya sea que se lo haya proporcionado su defendido, un tercero o lo conoció a través de su propia actuación. Este deber del abogado, se prolonga aún después de concluido un juicio o proceso y su negativa a revelar información que haya recibido, no puede ser objeto de reproche por tratarse de una obligación que deberá respetar y no podrá vulnerar correspondiéndole sólo a él – en este caso, el Consejo de Defensa del Estado que para esos efectos tiene la representación judicial de los intereses fiscales – determinar si se niega a entregar la información o documentación que se le pide respecto a un caso. Los artículos 46 letra a) y 47 del Título IV del mismo Código, en relación con el deber de confiabilidad del abogado con el cliente, le imponen al profesional la prohibición de revelación de la información como una obligación de duración indefinida, sin que en el presente caso tal deber pueda ser liberado en razón de lo dispuesto el artículo 48 del mismo texto desde que priman las normas que el Consejo de Defensa del Estado ha invocado como de reserva o secreto profesional. De todas formas, no está demás señalar que de conformidad con los artículos 217 y 220 del Código Procesal Penal en relación con el artículo 303 del mismo texto legal y lo dispuesto en el artículo 269 bis del Código Penal, el nuevo sistema inquisitorio reconoce y protege con mayor fuerza el secreto profesional del abogado y no puede soslayarse que la ley penal, según lo dispuesto en los artículos 231 y 247 del Código Penal sanciona al abogado que infringe la obligación de guardar secreto.

OCTAVO: Que de lo expuesto en el considerando anterior, el Consejo para la Transparencia no ha podido resolver en la Decisión de Amparo lo que se viene impugnando por el Consejo de Defensa del Estado ya que la entrega de la información a que alude también se encuentra amparada por el deber de confiabilidad y secreto profesional con el cliente ya que fue proporcionada al Consejo de Defensa del Estado, encargado por su ley orgánica de la defensa de los intereses fiscales en juicio a través de sus profesionales abogados, correspondiéndole a este organismo en cumplimiento de sus funciones recepcionarla, custodiarla y hacerla valer en los juicios que intervenga y por ello, sólo dar publicidad a la que estime pertinente sin que pueda ser obligada a entregar aquella cuya confiabilidad o secreto le ha sido confiada antes, durante y con motivo de la terminación de su actuación, aún tratándose de aquella no allegada a la causa si estima oportuno resguardarla para así no incurrir sus profesionales en violación de normas legales con responsabilidad penal.”

Hay que destacar también lo expresado por la Excm. Corte Suprema sobre una actuación personal de un abogado, la que también quedaría cubierta por la confidencialidad:

“un abogado no puede ser obligado a revelar un acto confidencial cuya realización le habría encomendado su patrocinado, aunque en el desempeño de su comisión confidencial hubiere actuado personalmente.” (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 51 Secc. 1º pág. 126).

ii. **Normas en que se funda el secreto profesional o que lo regulan**

a.- Normas Constitucionales

El Art. 19 N° 3 de la Constitución Política consagra el derecho de toda persona a tener una “*defensa jurídica*” en los términos allí establecidos y expresa que “*ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida*”. Más adelante la misma norma dispone “*Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.*”

Al respecto la Excma. Corte Suprema, al fallar el recurso de queja interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado contra Ministros de la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 5337-2013, señala:

“NOVENO: Que si bien nuestra Constitución no tiene referencia directa al secreto profesional, dicho deber–obligación se encuentra subsumido como uno de los presupuestos del debido proceso, particularmente vinculado al derecho a defensa jurídica que se encuentra garantizado en el numeral 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental, norma que importa asegurar las condiciones de libertad en las que debe verificarse la debida intervención del letrado en el procedimiento. Ello es así pues, sin una legítima expectativa de confidencialidad por parte del cliente, la confianza en que esa relación se basa se vería seriamente perjudicada y con ello su derecho a defensa técnica gravemente menoscabada.”

Por su parte, el Oficio N° 41 de 2007, del Consejo General del Colegio de Abogados expresa:

“La intromisión en la esfera de reserva profesional que corresponde al abogado constituye una restricción o perturbación a su actividad profesional como abogado, pues limita injustamente la privacidad y confidencialidad de la relación entre el cliente y el abogado. Debe entenderse, por consiguiente, que en el marco del derecho a defensa se encuentra incluido el derecho y el deber del secreto profesional.”

También vale la pena consignar lo expuesto en los considerandos séptimo y octavo de la sentencia de la Excma. Corte Suprema, dictada en los autos sobre Recurso de Ilegalidad, interpuesto contra el Consejo para la Transparencia, Rol 5746-2013, que con fundamento en el Código de Ética, reconoce el derecho al secreto profesional del Consejo de Defensa del Estado y sus abogados, con el voto en contra del Ministro Sr. Muñoz que estuvo sólo por reconocerlo respecto de los abogados y no de ese organismo:

SEPTIMO: Que, el artículo 7° el Código de Ética Profesional de la Orden, consagra el derecho de confiabilidad y secreto profesional del abogado como un deber hacia el cliente que se extiende a todo hecho, circunstancia, documento, dato o antecedente que el abogado que asuma una defensa haya tomado conocimiento ya sea que se lo haya proporcionado su defendido, un tercero o lo conoció a través de su propia actuación. Este deber del abogado, se prolonga aún después de

concluido un juicio o proceso y su negativa a revelar información que haya recibido, no puede ser objeto de reproche por tratarse de una obligación que deberá respetar y no podrá vulnerar correspondiéndole sólo a él – en este caso, el Consejo de Defensa del Estado que para esos efectos tiene la representación judicial de los intereses fiscales – determinar si se niega a entregar la información o documentación que se le pide respecto a un caso. Los artículos 46 letra a) y 47 del Título IV del mismo Código, en relación con el deber de confiabilidad del abogado con el cliente, le imponen al profesional la prohibición de revelación de la información como una obligación de duración indefinida, sin que en el presente caso tal deber pueda ser liberado en razón de lo dispuesto el artículo 48 del mismo texto desde que priman las normas que el Consejo de Defensa del Estado ha invocado como de reserva o secreto profesional. De todas formas, no está demás señalar que de conformidad con los artículos 217 y 220 del Código Procesal Penal en relación con el artículo 303 del mismo texto legal y lo dispuesto en el artículo 269 bis del Código Penal, el nuevo sistema inquisitorio reconoce y protege con mayor fuerza el secreto profesional del abogado y no puede soslayarse que la ley penal, según lo dispuesto en los artículos 231 y 247 del Código Penal sanciona al abogado que infringe la obligación de guardar secreto.

OCTAVO: Que de lo expuesto en el considerando anterior, el Consejo para la Transparencia no ha podido resolver en la Decisión de Amparo lo que se viene impugnando por el Consejo de Defensa del Estado ya que la entrega de la información a que alude también se encuentra amparada por el deber de confiabilidad y secreto profesional con el cliente ya que fue proporcionada al Consejo de Defensa del Estado, encargado por su ley orgánica de la defensa de los intereses fiscales en juicio a través de sus profesionales abogados, correspondiéndole a este organismo en cumplimiento de sus funciones recepcionarla, custodiarla y hacerla valer en los juicios que intervenga y por ello, sólo dar publicidad a la que estime pertinente sin que pueda ser obligada a entregar aquella cuya confiabilidad o secreto le ha sido confiada antes, durante y con motivo de la terminación de su actuación, aún tratándose de aquella no allegada a la causa si estima oportuno resguardarla para así no incurrir sus profesionales en violación de normas legales con responsabilidad penal.”

Hay que destacar también, que la Excma. Corte Suprema ha reconocido que también queda amparada por la confidencialidad la actuación personal de un abogado. Expresa la Excma. Corte Suprema:

“un abogado no puede ser obligado a revelar un acto confidencial cuya realización le habría encomendado su patrocinado, aunque en el desempeño de su comisión confidencial hubiere actuado personalmente.” (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 51 Secc. 1º pág. 126).

b.- Disposiciones Legales

i. Normas del Código de Procedimiento Civil

- Artículo 349. No existe obligación de exhibir en juicio los documentos que tengan el carácter de secretos o confidenciales, entre los que se encuentran los que estén en poder del abogado con motivo del ejercicio de su profesión.

- Artículo 360 N° 1 del CPC. No serán obligados a declarar, entre otros, los abogados, sobre hechos que se les hayan comunicado confidencialmente, con ocasión de su profesión.

ii. Normas contenidas en el Código Procesal Penal

- Artículo 303. Exime de la obligación de declarar a los abogados, entre otros, respecto de los secretos que se le hubieren confiado en el ejercicio de su profesión o función legal, salvo los casos en se les hubiese relevado de tal confidencialidad.
- Artículo 304. Las personas señaladas en el artículo 303 deberán comparecer ante el tribunal y explicar los motivos en que se ampara su facultad de no declarar, pudiendo ser suficiente, a juicio del tribunal, una declaración jurada o promesa respecto de la veracidad de tales motivos. Asimismo, la relación del abogado con su cliente no lo exime de la obligación de prestar declaración como testigo respecto de los demás imputados, a menos que su declaración pudiera comprometer al cliente.
- Artículo 217. El abogado que tenga en su poder objetos o documentos relacionados con el hecho investigado, o que pudieren ser objeto de comiso o constituir prueba, no podrá ser apercibido a entregarlos.
- Artículo 220. El abogado no podrá ser apremiado a entregar ni serán objeto de incautación las comunicaciones mantenidas con su cliente, así como notas que hubiese tomado, ni los objetos o documentos a los cuales se extienda naturalmente la facultad del artículo 303 y que se encuentren en poder del abogado. Lo anterior se extenderá a las oficinas del abogado. La norma contiene excepciones -abogado imputado y bienes y documentos que provienen de un hecho punible o sirvieron para la comisión de un delito-.
- Artículo 222 inciso tercero. Prohíbe interceptar las comunicaciones entre el imputado y su abogado, salvo que lo decrete el juez de garantía por existir sospechas fundadas de que éste pudiere tener responsabilidad penal en los hechos investigados.

iii. Normas del Código Penal

- Artículo 231. Sanciona con suspensión en su grado mínimo a inhabilitación especial perpetua para ejercer la profesión, al abogado que con abuso malicioso de su oficio, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos.
- Artículo 247. Sanciona con reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa, a los que ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ellas se les hubieren confiado” y de ello resultaren perjuicios.

c.- Código de Ética del Colegio de Abogados de Chile AG

El Código de Ética contiene diversas normas relativas al deber de confidencialidad del abogado y al derecho al secreto profesional de éste. Tales normas precisan y complementan las disposiciones legales y constitucionales que se han analizado anteriormente, que establecen tal deber y derecho.

- El artículo 7 del Código de Ética dispone que el abogado “debe estricta confidencialidad a su cliente” y agrega que, en cumplimiento de su obligación, debe exigir que se le reconozca el derecho al secreto profesional con que la ley lo ampara. Tal confidencialidad se extiende a toda la información relativa a los asuntos del cliente que el abogado ha conocido en el ejercicio de la profesión, en los términos establecidos por el Título IV de la Sección Primera de dicho Código, que se analiza más adelante.
- Según el artículo 47 del Código, el deber de confidencialidad no se extingue por el término de la relación profesional, la muerte del cliente, ni el transcurso del tiempo.
- El deber de confidencialidad para con un cliente prevalece sobre cualquier deber fiduciario para con otro cliente (Código de Ética, art.49).
- No falta a la ética profesional en abogado que se niega a declarar o informar sobre materias sujetas a confidencialidad, fundado en su derecho al secreto profesional (Código de Ética, art. 62).
- Conforme a las normas contenidas en el mencionado Título IV del Código de Ética, el deber de confidencialidad del abogado lo obliga:

- Abstenerse de revelar información cubierta por su deber de confidencialidad;
 - Abstenerse de entregar, exhibir o facilitar el acceso a los soportes materiales, electrónicos o de cualquier otro tipo que contengan información sujeta a confidencialidad y que se encuentren en poder del abogado.
 - Adoptar medidas razonables para que las condiciones en las que recibe, mantiene o revela información sujeta a deber de confidencialidad, protejan el carácter de confidencial de ella.
 - Adoptar las medidas razonables para que la confidencialidad debida al cliente sea mantenida por sus colaboradores.
-
- No rige el deber de confidencialidad respecto de los abogados que desempeñan una función pública, cuando en el ejercicio de ella tengan la obligación legal de entregar la información que ha sido obtenida en razón de dicha función. (art.48).
 - El Código de Ética establece que no falta a su deber de confidencialidad el abogado que revela información sujeta a confidencialidad, con el consentimiento expreso o presunto del cliente. Luego regula la forma en que dicho consentimiento se debe dar y cuando debe presumirse dado. El abogado autorizado por el cliente a revelar información confidencial, no está obligado a ello (arts. 50, 51 y 52).
 - Los artículos 53 a 59 del mismo Código, tratan los casos en que el abogado debe o puede revelar información sujeta a confidencialidad, por motivos que se consideran de mayor entidad que los que fundamentan el deber de confidencialidad. En la primera situación, está la información confidencial cuya revelación pueda evitar la comisión o consumación de un crimen; en el segundo, se contemplan diversos casos, algunos razonables, como la obtención de un consejo ético profesional, evitar la muerte o grave daño de personas, etc. y, otros, nada de razonables, como el cobro de honorarios.
 - El Código de Ética establece exigencias y limitaciones en los casos que autoriza al abogado para revelar información confidencial (arts. 55 a 59 y art. 61).
 - El Código exige del abogado, cuando sea llamado por la ley o la autoridad competente a declarar sobre una materia sujeta a confidencialidad, actuar de forma que se le reconozca el derecho al secreto profesional. En el cumplimiento de esta obligación, el abogado debe sujetarse a las siguientes reglas:

- Interpretar las disposiciones constitucionales y legales que lo eximen del deber de informar o declarar del modo que mejor garantice el cumplimiento de su deber de confidencialidad;
 - Limitarse a expresar que los hechos están amparados por el secreto profesional, sin entrar en detalles ni fundamentos que importen comprometer el secreto.
 - Realizar las actuaciones razonables, destinadas a impugnar las decisiones de la autoridad que le ordenan declarar sobre una materia sujeta a confidencialidad.
- Por último, el artículo 64 del Código de Ética expresa que el derecho al secreto profesional se extiende a los documentos y demás soporte que contengan información confidencial.

La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia ha reconocido el derecho de de, entre otros organismos intermedios, los colegios profesionales -no obstante estar constituidos como asociaciones gremiales-, de dictar y aplicar disposiciones que regulan las actividades de sus afiliados.

Así lo ha sostenido la Excma. Corte Suprema, al confirmar un fallo de la Corte de Apelaciones de Chillán dictado en el Recurso de Protección Rol 191-2012, cuyo considerando 10° expresa:

“10°.- Que, para los efectos de estimar la plausibilidad del recurso debe ser considerada de manera fundamental lo preceptuado por el artículo 1 inciso segundo de la Constitución Política de la República en cuanto contiene como base del Estado de Derecho la autonomía de los cuerpos intermedios, la que comprende tanto la autonomía funcional como normativa, siendo esta última la que en concepto de estos sentenciadores no aparece vulnerada, al contemplar el Reglamento de la Asociación de Fútbol Amateur en los artículos anteriormente transcritos, la forma en que los miembros de dicha organización pueden ejercer los reclamos de las decisiones que estimaren afectarles, por lo que no puede estimarse la decisión de dicha Asociación vulnere las garantías constitucionales, a que alude el recurrente.”

La obligatoriedad de las normas del Código de Ética ha sido extendida por la Excma. Corte Suprema, incluso, a los abogados no colegiados. Así resulta de los considerandos que se transcriben a continuación, de la sentencia Rol 2582-2012, con el voto en contra del Ministro Sr. Muñoz:

“Décimo quinto: Que si bien es efectivo que el Código de Ética Profesional -aprobado en su nueva versión el año recién pasado por el Consejo General del Colegio de Abogados de Chile A.G. y que rige a partir del 1 de agosto 2011- no puede estimarse una ley en sentido formal, desde que no ha sido dictado por el órgano legislativo con sujeción a los requisitos y al procedimiento de elaboración de la ley que para la validez de ésta prevé la Constitución Política de la República, sí lo es en un sentido material en cuanto sustantivamente impone normas de conducta generales, permanentes, abstractas y ciertamente obligatorias para todos los letrados del país, estén o no

afiliados a la entidad gremial respectiva, más allá del órgano que en definitiva ejerza la tuición ética del profesional en el caso concreto, el Colegio Profesional correspondiente con sujeción al Reglamento de Disciplina que en éste rija o el tribunal especial que el Constituyente manda crear al legislador para que ante él se juzgue a los profesionales no afiliados y mientras éstos no se establezcan a la justicia ordinaria.

Décimo sexto: Que entendidas con la fuerza indicada las normas relativas a la conducta ética que deben cumplir los profesionales que detentan un grado o título universitario, más allá de su afiliación al colegio profesional respectivo, toda vez que las mismas afincan su legitimidad general en el mínimo ético exigible a quienes han recibido un título para el ejercicio profesional a que se los habilita -en el caso de los abogados prestando estos incluso el juramento que exige el Código Orgánico de Tribunales en su artículo 522 ante la Corte Suprema, con todas las implicancias que de ello se derivan-, habrá de entenderse también que las normas del Código de Ética que obligan a los abogados tienen para todos estos fuerza vinculante, las mismas que este máximo Tribunal, como todo juez de la República, debe exigir en su estricto cumplimiento con el mayor rigor.”

El voto de minoría del Ministro Sr. Muñoz señala que, en el caso a que se refiere la sentencia, quienes gozan del derecho a secreto profesional son los abogados del Consejo de Defensa del Estado y no esta institución, la cual, como toda la Administración del Estado, está obligada por las normas que le imponen el deber de informar y el requisito de transparencia.

COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY DEL MINISTERIO DE ECONOMICA PARA LA MODIFICACION DEL DL 211

En el presente documento se entregan los comentarios de B&E al proyecto de reforma al DL 211 presentado por el Ministerio de Economía, de fecha 16 de marzo de 2015 (“**Proyecto de Ley**”). En particular nos referiremos a la falta de controles y mecanismos de balance en beneficio del investigado, demandado o requerido o “*Checks and balances*”¹ ante la Fiscalía Nacional Económica (“**FNE**”) y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“**TDLC**”) y algunas consideraciones respecto a la necesidad de adoptar estándares mínimos en la determinación de las multas por el TDLC.

I. MECANISMOS DE CONTROL Y BALANCE

A. FACULTADES DE LA FNE Y EL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El Proyecto de Ley, pese a contemplar un aumento significativo en las sanciones y multas aplicables al investigado, demandado o requerido, contempla **una sola propuesta acotada** denominada en el mensaje como “*Aumento de derechos para los investigados por la Fiscalía Nacional Económica*”, mediante la cual se incorpora el derecho para los afectados de tener acceso a las investigaciones que se sigan en su contra, sin perjuicio de aquellas piezas del expediente declaradas reservadas o confidenciales.

Este derecho se plasmaría en el artículo 39 letra a) inciso final “*En todos los demás casos, los afectados tendrán acceso al expediente de la investigación que se siga en su contra, sin perjuicio de aquellas piezas declaradas reservadas o confidenciales, de conformidad a lo dispuesto en esta letra y el artículo 42;*”

Si bien esta inclusión es bienvenida, lo cierto es que constituye una propuesta sumamente acotada siendo necesario adoptar medidas más efectivas que permitan garantizar los derechos de los investigados. Adicionalmente, es necesario que se adopten los resguardos necesarios para la aplicación práctica de la proposición relativa al acceso al expediente.

Una reforma al DL 211 debe contemplar resguardos que permitan velar por que la FNE se sujete a los principios del debido proceso administrativo (emanado del N°3 del Artículo 19 de la Constitución Política de la República y reconocido por las sentencias de nuestros tribunales superiores, Tribunal Constitucional y pronunciamientos de la Contraloría General de la

¹El presente trabajo toma como punto de partida y actualiza la presentación realizada por Barros & Errázuriz que fue incorporada en el “*Informe del Colegio de Abogados para la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia*”.

Al mismo tiempo, se incorpora el análisis de los estándares recomendados para la aplicación de multas en casos particulares por el TDLC.

República), desde el inicio y desarrollo de sus investigaciones hasta la presentación de un Requerimiento, Consulta o Acuerdo Extrajudicial frente al TDLC.

Del mismo modo, resulta necesario resguardar y reforzar el deber de objetividad al cual se encuentra sujeto (artículo 11 de la Ley 19.880).

Finalmente, y en el mismo orden de cosas, resulta esencial que los procesos de investigación se sujeten estrictamente a los principios de previsibilidad y transparencia. Estas proposiciones tienen por objeto mejorar los procedimientos, aumentando la transparencia y garantizando al mismo tiempo la eficacia de las investigaciones de la FNE, así como otorgando mayores grados de certeza jurídica a los agentes económicos en la toma de sus decisiones.

A mayor abundamiento, la importancia del debido proceso y la transparencia en las investigaciones de las autoridades de competencia, ha sido destacada en el marco de la *International Competition Network*², la *International Chamber of Commerce*³ y la OCDE⁴.

B. PROBLEMAS DETECTADOS

El presente análisis no pretende ser exhaustivo, sino sólo enunciar los mayores problemas a que se ven enfrentados los agentes económicos y los abogados frente a los procedimientos administrativos de investigación seguidos por la FNE.

1. Falta de Transparencia, publicidad y acceso a las investigaciones

Existe una falta de transparencia activa y pasiva (según corresponda) por parte de la FNE, en los siguientes ámbitos:

² ICN AGENCY EFFECTIVENESS PROJECT ON INVESTIGATIVE PROCESS, Competition Agency Transparency Practices April 2013.

Disponible en:

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc892.pdf>

ICN Roundtable on Competition Agency Investigative Process Roundtable Report Agency Effectiveness Working Group, 2014.

Disponible en:

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1023.pdf>

³Recommended framework for international best practices in competition law enforcement proceedings Prepared by the ICC Commission Document No. 225/666 – 8 March 2010

Disponible en:

<file:///C:/Documents%20and%20Settings/cringeling/My%20Documents/Downloads/Recommended-framework-for-international-best-practices-in-competition-law-enforcement-proceedings.pdf>

⁴ Procedural Fairness: Competition Authorities, Courts, and recent developments, 2011, OECD.

Disponible en:

<http://www.oecd.org/daf/competition/ProceduralFairnessCompetition%20AuthoritiesCourtsandRecentDevelopments2011.pdf>

Cabe destacar que la FNE realizó una presentación en el marco de esta mesa redonda en la que destacó la existencia de varios controles de su gestión como el derecho a oposición, los cuales como se expone en el presente estudio, no resultan suficientes ni adecuados en la práctica para resguardar los derechos de los investigados.

a) Acceso a la denuncia y a la Resolución de Inicio de la Investigación

El art 39 a) del DL 211 señala dentro de las atribuciones del Fiscal Nacional Económico, la de instruir investigaciones, siendo su obligación – por regla general – dar noticia de su inicio al afectado. Excepcionalmente, el Fiscal Nacional Económico, con conocimiento del Presidente del TDLC, podrá disponer que las investigaciones que se instruyan de oficio o en virtud de denuncias tengan el carácter de reservadas.

Asimismo, el Fiscal Nacional Económico podrá disponer de oficio o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales, siempre que tengan por objeto proteger la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en conformidad al artículo 39 bis, o que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular, o resguardar la eficacia de investigaciones de la Fiscalía.

El Fiscal Nacional Económico podrá disponer que no se dé noticia del inicio de una investigación al afectado, con autorización del TDLC.

En los hechos, la FNE remite a los investigados -salvo que se trate de una investigación reservada como lo es un caso de colusión,- un oficio, en el cual se limita a dar noticia del inicio del procedimiento y en algunas ocasiones se le cita a declarar o se le solicitan antecedentes.

Sin embargo, **dicha notificación resulta escueta y el investigado no recibe acceso siquiera a la Resolución de Inicio de la investigación**, que a pesar de ser asimismo bastante escueta, al menos entrega los lineamientos y la delimitación de la/s conducta/s investigada/s.

Tampoco se entrega copia de la denuncia, ni siquiera en una versión pública, en la que podría, por ejemplo, omitir aquellos datos que permitan identificar al denunciante, si ello fuera necesario para el éxito de la investigación.

A nuestro juicio, y en línea con las normas de debido proceso administrativo y los principios de transparencia y equidad en los procesos, la mencionada notificación –salvo que se trate de casos de mayor sensibilidad como los de colusión- **no resulta suficiente para que el investigado pueda en primera instancia colaborar con la FNE y en segunda instancia presentar sus descargos durante el proceso de investigación**.

La situación descrita, naturalmente resulta en procesos más ineficientes y en una falta de equidad y transparencia en el proceso.

b) Estado de la investigación y Acceso al expediente

La modificación legal propuesta relativa al acceso del expediente es bienvenida y se encuentra en línea con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 19.880 --en cumplimiento del mandato del artículo 8 del la Constitución Política de la República-- que consagra la obligación de la FNE de tramitar el procedimiento administrativo *“con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de la decisiones que se adopten en él”* y los derechos que el artículo 17 de la Ley 19.880 entrega a los interesados, especialmente el de *“conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tenga la condición de interesados, y obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente y la devolución de los originales salvo que por mandato legal o reglamentario éstos deban ser acompañados a los autos, a su costa”*.

Sin embargo, para que ésta tenga aplicación práctica será necesario que:

- (i) Se aplique correctamente por la FNE lo dispuesto en el artículo 17 letra a) de la Ley N°19.880, que Establece Bases Generales de los Procedimientos que Rigen a los Órganos de la Administración del Estado (“**LBPA**”) y no se aplique para los investigados o “interesados”, en los términos del artículo 21 de la Ley 19.880, como lo ha venido haciendo la FNE, el procedimiento contemplado en la Ley 20.285 (“**Ley de Transparencia**”), la que si resulta plenamente aplicable para los terceros.
- (ii) La FNE incorpore dentro de sus procedimientos internos instancias formales en las que los investigados puedan tener acceso al expediente.

En caso contrario la modificación al DL 211 propuesta no tendrá efecto alguno en la práctica.

Las herramientas que nos otorga la legislación actual para acceder a información de la administración pública son las siguientes:

La LBPA, que faculta a los **interesados** en el procedimiento administrativo para solicitar información. Su artículo 21 señala quiénes se entienden como interesados, en el contexto del procedimiento administrativo. En este sentido, los Interesados adquieren tal calidad, pues se trata de aquellos que *“se consideran interesados en el procedimiento administrativo: 1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos. [...]”*.

Por su parte, el artículo 17 a) señala “*Las personas, en sus relaciones con la Administración, tienen derecho a: a) Conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente y la devolución de los originales, salvo que por mandato legal o reglamentario éstos deban ser acompañados a los autos, a su costa*”.

La Ley de Transparencia por otro lado, permite a cualquier persona --sea interesado o no-- tener acceso a la información en poder de los órganos públicos.

La FNE ha dado a estas normas una interpretación que ha limitado gravemente los derechos de los investigados aplicando a éstos el procedimiento contemplado en la Ley de Transparencia y desconociendo la obligación consagrada en el artículo 17 a) de la LBPA. En efecto, el *Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica*⁵ en su punto 46 y 47 menciona expresamente que “*el acceso al expediente o a piezas del mismo por parte de afectados y terceros, y las solicitudes de copia, se sujetarán al procedimiento contemplado en la Ley 20.285, sin perjuicio de las declaraciones de reserva o confidencialidad que hubiere dispuesto el Fiscal, de acuerdo a la facultad consagrada en el artículo 39 letra a) del DL 211*”.

Tal como pasaremos a describir brevemente, en los hechos, para que un investigado tenga acceso a alguna pieza del expediente que se sigue en su contra deben cumplirse las siguientes condiciones copulativas: (i) tratarse de una pieza o expediente que no ha sido declarado reservado o confidencial en virtud de la facultad consagrada en el artículo 39 letra a) del DL 211; (ii) no haber sido objeto de oposición por parte de un tercero bajo la Ley de Transparencia; y (iii) no haber invocado la FNE la causal del artículo 21 N°1 letra a), en otras palabras que la FNE considere que tiene valor estratégico para el potencial juicio en contra del investigado frente al TDLC. Dicho procedimiento suele limitar el conocimiento del expediente por parte del interviniente únicamente a las resoluciones de inicio y término de la investigación y los oficios dirigidos a él.

Aplicación por la FNE de la Ley de Transparencia para los investigados

El derecho a solicitar y recibir información e cualquier órgano de la Administración del Estado se encuentra consagrado en el Art. 10 de la Ley de Transparencia⁶. Esta solicitud debe realizarse por escrito y dirigirse al jefe superior del órgano administrativo identificando claramente al solicitante y la información requerida.

⁵ Disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/05/Instr._investigaciones_2013.pdf

⁶ Este acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales.

El Fiscal Nacional Económico tiene un plazo máximo de 20 días hábiles administrativos desde la recepción de la solicitud. Este plazo puede ser prorrogado excepcionalmente por 10 días más cuando existan circunstancias que hagan difícil reunir la información solicitada, caso en que el órgano requerido deberá comunicar al solicitante, antes del vencimiento del plazo, la prórroga y sus fundamentos.

La autoridad está obligada a proporcionar la información requerida, salvo que concurra la **oposición contemplada en el Art. 20** o alguna de las **causales de secreto o reserva** contempladas en la misma ley. En estos casos la negativa deberá expresarse por escrito y deberá ser fundada, especificando la causal legal invocada y las razones que en cada caso motiven su decisión.

(i) Derecho a oposición

Si la FNE considera que los documentos o antecedentes contienen información que pueda afectar los derechos de terceros, tiene un plazo de dos días desde recibida la solicitud de información para comunicarles su derecho a oponerse a la entrega de los documentos solicitados. Los terceros tienen tres días desde la fecha de notificación para hacer ejercer su derecho por escrito y con expresión de causa.

Si la oposición fue deducida en tiempo y forma la FNE queda impedida de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución en contrario del Consejo para la Transparencia.

Si el tercero no deduce oposición se entiende que accede a la publicidad de la información.

(ii) Causales de secreto o reserva

El Art. 21 establece distintas causales de secreto o reserva en virtud de las cuales se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:
 - a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o **se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.**
 - b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.

- c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.
2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.
3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.
4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.
5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.

En los hechos, los investigados no acceden a las piezas fundamentales del expediente, aun en aquellos casos donde no se ve afectado el interés de terceros, dado que la FNE invoca la causal del Artículo 21 N°1 a) de “afectar el éxito de la investigación”. **Bajo dicha causal, puede negarse el acceso a antecedentes que no han sido declarados reservados o confidenciales y que no afectan los intereses de tercero.**

Si bien la decisión de la FNE puede ser impugnada frente al Consejo para la Defensa de la Transparencia, y existen precedentes en los cuales se ha acogido parcialmente amparos en contra de la FNE por no entregar ciertas piezas del expediente sin mediar una causal legal procedente para negarlas⁷, es importante

⁷ Rol C1678-12 de fecha 28/02/2013, donde señaló: “(6) Que en relación a la letra a) ii, de la respuesta entregada por la FNE a la solicitud que motivó el amparo Rol C1542-12, se colige que dicho organismo incorporó al expediente Rol FNE 2047-12 varios antecedentes que fueron aportados por don Michael Heavey Samsing. **Sin embargo, estos antecedentes no se individualizan en la respuesta entregada por la FNE para responder a la solicitud que motiva el presente amparo.** Con todo, en el CD antes mencionado, figuran antecedentes acompañados por el Sr. Heavey Samsing. Pues bien, dado que no es posible establecer si estos antecedentes son todos los aportados por este último, se acogerá el amparo en este punto, a efectos de que la FNE entregue dicha información en cuestión, o en caso de haberla ya entregado, certifique su entrega en esta sede conforme a lo que establece el artículo 17, inc. 2° de la Ley de Transparencia. (Énfasis agregado).

Rol C1361-11 de fecha 06/06/2012, donde señaló “(1) Que, la información contenida en el expediente investigativo Rol FNE N°300-06 no fue incluida en la decisión de amparo Rol C576-09, por lo que debe analizarse por separado. Revisado el expediente este Consejo estima que **no concurre la causal de reserva** del artículo 21 N° 2, por cuanto tales antecedentes contienen una descripción meramente referencial respecto de las transacciones realizadas por ciertas empresa y describiendo sólo de modo estadístico los procesos asociados. Por ende, dicha información se estima comercialmente inocua, máxime cuando la empresa Cuentas Punto Com, que fue quien precisamente aportó dicha información, y algunos de los bancos que aparecen mencionados, debidamente notificados, **no ejercieron su derecho de oposición** ante la FNE” (Énfasis agregado).

tener presente que existen ya precedentes en los cuales se ha fallado a favor de la FNE cuando ha invocado la causal relativa al “éxito de la investigación” o por “contener antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales”⁸.

Falta de procedimientos internos

Pese a que el *Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica*⁹ menciona que los investigados tendrán acceso a la investigación, este acceso queda sujeto al procedimiento de la ley 20.285 y a las declaraciones de reserva o confidencialidad que hubiere dispuesto el Fiscal.

Finalmente, la FNE, en los hechos, y pese a las menciones contenidas en el referido instructivo interno, no cuenta a la fecha con procedimientos, ni instancias –formales al menos- en las cuales se le de noticia al afectado o al denunciante del estado de la investigación.

c) Publicación de Informes y Resoluciones de Inicio y Archivo

La FNE publica en su página web, generalmente: i) los acuerdos extrajudiciales aprobados por el TDLC; ii) resoluciones de inicio en el caso de investigaciones

⁸ Así lo decidió ante la solicitud de acceso a una denuncia en el **Rol C475-13 de fecha 07/06/2013** donde señaló: “b) La reserva de la denuncia constituye una medida necesaria para incentivar que éstas se formulen, pues hace que el denunciante confíe en que los antecedentes que ha entregado no serán develados en perjuicio de sus intereses, cualquiera que éstos sean .c) En consecuencia, entregar una denuncia contra la expresa voluntad del denunciante sentaría un precedente que dificultaría el cumplimiento de la función de la FNE. Por ello, divulgarla no beneficia, sino que perjudica, al bien común.4) Que, dicho lo anterior, cabe señalar que respecto de la copia de la denuncia que originó la investigación Rol N° 2087-12 FNE, este Consejo estima que divulgar la denuncia solicitada efectivamente **afectaría el debido cumplimiento de las funciones encomendadas a la Fiscalía Nacional Económica**, pues su divulgación podría inhibir la futura presentación de denuncias, en circunstancias que la labor investigativa de dicho servicio se apoya esencialmente en que éstas se formulen y permitan investigar con mayor alcance eventuales atentados a la libre competencia, privando a dicha Fiscalía de un insumo inestimable para el ejercicio de sus atribuciones legales. A este respecto, cabe tener presente que dicho criterio ha sido recogido por este Consejo en la decisión de amparo Rol C1211-12, en la cual, conociendo de una solicitud de copia de una denuncia presentada ante la Fiscalía, se estimó que divulgar la denuncia solicitada **afectaría el debido cumplimiento de las funciones de la Fiscalía Nacional Económica** “aún cuando se trate de una denuncia ya afinada y archivada en dicho organismo, pues su divulgación podría inhibir la futura presentación de denuncias, en circunstancias que la labor investigativa de dicho servicio se apoya esencialmente en que éstas se formulen y permitan investigar con mayor alcance eventuales atentados a la libre competencia”. En la especie, el citado criterio resulta plenamente aplicable, por lo que, en consecuencia, se rechazará el amparo en esta parte. (Énfasis agregado).

Rol : C787-10 de fecha 28/12/2010 “6) Que, conforme a lo expuesto precedentemente, resulta forzoso concluir que la FNE denegó fundadamente el informe requerido pues, al momento de su respuesta, **éste constituía un antecedente de su estrategia judicial**, toda vez que:

a) De su contenido se desprende que éste se relaciona de manera directa e inmediata con la esencia del litigio entre las partes, pues se pronuncia directamente sobre los hechos controvertidos, particularmente, sobre de la racionalidad económica involucrada en la prácticas colusinas que habrían seguido las entidades requeridas por la Fiscalía (precios de reventa sugeridos como mecanismos de coordinación); y, asimismo, da cuenta de elementos económicos que sirven de base para analizar los hechos del caso, a fin de acreditar la concurrencia del ilícito imputado por la FNE (casos comparados y doctrina económica).

b) Al momento de su respuesta, no se encontraba vencido el término dispuesto para la presentación la prueba instrumental, según lo dispuesto por el artículo 22 del D.L. N° 211, de 1973, que más adelante se transcribe.

⁹ Disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/05/Instr._investigaciones_2013.pdf

operaciones de concentración; iii) resoluciones de archivo respecto de todo tipo de conductas; iv) resoluciones de término.

Adicionalmente, ha empezado a publicar también los informes de archivo, lo cual ha sido enormemente positivo dado que ha permitido a los actores de mercado un mejor conocimiento de los criterios de la FNE y a la vez contribuir y mejorar las labores preventivas de difusión y *advocacy* de la FNE.

Sin embargo, aún persisten ciertos problemas dado que no todas las resoluciones e informes antes señalados son publicados, y adicionalmente, son publicados con bastante retraso.

2. Duración de los procesos

El DL 211 no establece un plazo máximo de investigación, por lo cual en la práctica, se debería aplicar supletoriamente las normas de la Ley 19.880, no obstante, las investigaciones se mantienen abiertas por años.

El “*Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica*”¹⁰ a pesar de reflejar los pasos internos en la investigación tampoco establece un plazo determinado para la duración de la misma¹¹.

Por su parte la “*Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontal*”¹² menciona ciertos plazos de referencia por ejemplo que el equipo investigador emitirá informe al Fiscal sobre la operación de concentración, dentro del plazo máximo de 45 días de allegados la totalidad de los antecedentes, luego de lo cual el Fiscal podrá llamar a consejo dentro de 5 días antes de adoptar la decisión final y 10 días después del informe de la División deberá entregar su evaluación final-.

Sin embargo, estos plazos, en los hechos, no se cumplen pudiendo una investigación respecto a una operación de concentración, en algunos casos, extenderse a plazos superiores a los 8 meses y, en investigaciones de infracciones pueden tardarse más de 2 años.

Aun tomando en consideración que las investigaciones objetivamente requieren de plazos distintos dependiendo de la conducta que se trate y que el plazo de 6 meses de la Ley 19.880 puede ser insuficiente, resulta necesario establecer parámetros

¹⁰ Disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/05/Instr_investigaciones_2013.pdf

¹¹ Se establece un plazo para analizar la admisibilidad de cuatro meses ampliable en dos meses más, sin embargo respecto a la duración total de la investigación se menciona únicamente que se realizará dentro de un plazo razonable.

¹² Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/Guia-operaciones-de-concentración-FNE2006.pdf>

claros y obligatorios para la FNE respecto a la duración de una investigación: i) en el caso de operaciones de concentración, ii) conductas unilaterales y iii) carteles.

3. Problemas de competencia y prueba ilícita

Es usual que una investigación se inicie con una hipótesis que luego, durante la larga secuela del procedimiento, se desecha, terminado en algunos casos requiriendo la FNE por motivos, en mercados o canales e incluso conductas distintas a las inicialmente investigadas. Lo expuesto ratifica la observación que se ha formulado respecto de la falta de información al investigado de la resolución de inicio del procedimiento o de archivo y/o acumulación. En nuestra opinión, de detectarse una conducta distinta a la inicialmente contenida en la resolución de inicio, debiera archivarse y abrirse una nueva o ampliarse dicha investigación, dando noticia a los afectados.

Además existe una **falta de claridad y definición** en cuanto a la legitimidad de utilizar la información recabada en una investigación abierta o cerrada, para fundamentar otras investigaciones o casos. Con todo, la FNE si ha establecido una norma particular para los casos de delación compensada, que dispone, en el caso de rechazo de beneficios, la devolución de los antecedentes y “en tal caso, la FNE no podrá utilizar la información proveniente de dichos antecedentes en investigaciones presentes o futuras, a menos que ella se obtenga o se hubiese obtenido en forma diversa al procedimiento a que se refiere la presente Guía”¹³.

En nuestra opinión resulta menos cuestionable, por razones de eficiencia, que la FNE utilice información de otras investigaciones en investigaciones nuevas. Sin embargo, es necesario definir claramente si esta facultad será solamente respecto de investigaciones cerradas (por archivo, requerimiento o consulta) o también respecto de investigaciones abiertas y como el interesado tomara conocimiento prontamente de esta nueva investigación.

Se ha detectado que la FNE, una vez que ha requerido, utiliza otros procedimientos administrativos, para generarse prueba que luego llevará al juicio frente al TDLC, vulnerando de este modo la igualdad de armas y dejándolo en una situación de litigante privilegiado. **Estimamos que esta situación no resulta justificable.**

4. Debilitamiento del derecho de defensa

El DL 211 solamente establece garantías mínimas para el investigado durante las investigaciones de la FNE. Un ejemplo de la misma es el derecho a oposición del

¹³ Número 47 de la “Guía Interna sobre beneficios de exención y reducción de multas en casos de colusión”, de octubre de 2009, vigente a esta fecha.

Art. 39 h. o la noticia de inicio de investigación y calidad de investigado del Art. 39 a, ambos del DL 211.

El “*Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica*”¹⁴ tampoco establece derechos o garantía mínimas a los investigados o plazos de investigación (salvo por el plazo máximo para determinar la admisibilidad de una denuncia).

En virtud de lo anterior y dadas las prácticas de la FNE en los hechos de desconocer la integra aplicación de la Ley 19.880, se encuentra totalmente debilitados los principios del derecho administrativo sancionador, y se infringen las mejores prácticas en la forma de conducir un proceso de investigación en materia de competencia, dado que no se resguardan, entre otros:

- i) el derecho de un imputado a no auto inculparse, tanto en las declaraciones ante la FNE, como con ocasión de la respuesta a una solicitud de información. En este sentido, cabe destacar que la forma como otras autoridades de competencia hay enfrentado esta problemática ha sido a través de entidades independientes, como lo es el caso del “*bearing officer*” en la Comunidad Europea. Permitiendo a las partes abstenerse de contestar hasta que haya sido oído y el conflicto resuelto por la entidad independiente¹⁵.
- ii) la participación activa de un abogado defensor. Como se ha señalado, no hay acceso al expediente y adicionalmente no se permite intervenir a los abogados en las tomas de declaración, impedimento que carece de todo fundamento legal, por el contrario el artículo 8 del Código Procesal Penal, establece que “*el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra*”.
- iii) Falta de instancias establecidas dentro del procedimiento para que el investigado pueda tener acceso a la denuncia y exponer sus descargos y preparar las defensas, reconocido en derecho comparado como el “*derecho a ser oído*”.
- iv) Falta de claridad en cuanto al retiro de información en uso de las facultades intrusivas o más específicamente allanamientos o “*dawn raids*” y el acceso a la misma por los requeridos una vez formulado el Requerimiento.

¹⁴ Disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/05/Instr._investigaciones_2013.pdf

¹⁵ Ver *Notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU*, párrafo 36.

Disponible: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/best_practice_articles.pdf

- v) En la toma de declaración de los investigados, no se sigue la practicas recomendadas de debido procedimiento, en virtud de las cuales, se informa al declarante la base legal y propósito de la entrevista y su naturaleza voluntaria¹⁶

5. Fortalecimiento de las instancias de control

Falta de un ente independiente que vele por el resguardo del debido proceso administrativo y de las garantías de los investigados durante el proceso administrativo -salvo excepción: (i) del TDLC en casos de reserva de investigación, (ii) del TDLC frente al recurso de oposición a la entrega de antecedentes o (iii) del TDLC y del Ministro de Turno frente a las medidas intrusivas.

Por ejemplo, en materia procesal penal las actuaciones del Fiscal siempre son objeto del control del Juez de garantía, así el artículo 9 del Código Procesal Penal obliga a la autorización judicial previo para adoptar medidas que afecten las garantías constitucionales del imputado, en el mismo sentido, el siguiente artículo 10, que permite al imputado siempre acudir ante el Juez de Garantía.

Resulta necesario que los actos investigativos de la FNE puedan ser fiscalizados efectivamente por un ente independiente durante todo el proceso administrativo y no solo respecto de determinadas instancias.

C. PROPOSICIONES

Todos los problemas enunciados, se traducen en la circunstancia que el investigado se puede ver expuesto a un requerimiento, sin que jamás hubiere tenido conocimiento suficiente de las imputaciones, lo que se traduce en que su participación en el proceso administrativo es siempre meramente reactiva y, frente al requerimiento existe una manifiesta asimetría, en que una parte dispuso de años para preparar su causa y el requerido tendrá el plazo de emplazamiento para contestarla.

Más allá del control jurisdiccional de las decisiones -Requerimientos o Consultas de la FNE frente al TDLC- se propone **evaluar e incorporar figuras de resguardo a los investigados** en la etapa del procedimiento administrativo y un reconocimiento efectivo de sus derechos, incluido el de no auto inculparse.

En este sentido, se recomienda evaluar las medidas y resguardos que han sido adoptados en otros ordenamientos jurídicos en materia de libre competencia.

¹⁶ Ver a modo de ejemplo, *Commission Regulation 773/2004 Relating to the Conduct of Proceedings by the Commission Pursuant to Articles 101 and 102 of the TFEU*, en su artículo tercero.
Ver asimismo, *Notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU*.

Un ejemplo de lo anterior el caso de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea que a pesar de tener diferencias fundamentales con nuestro sistema – dado que cumple el rol tanto investigador como sancionador, sin perjuicio de la posibilidad de apelar de dichas decisiones ante el Tribunal General y la Corte Europea de Justicia- **contempla importantes instancias de control y resguardo para el investigado dentro del proceso administrativo.**

Instancias, que a nuestro juicio resultan especialmente necesarias atendido el aumento de las facultades de la FNE y la señalada asimetría con el investigado.

Entre las medidas de resguardo a los investigados establecidas en la Unión Europea se encuentran:

- i. Abrir los procedimientos formales, tan pronto como la fase de evaluación inicial haya concluido.
- ii. Convocar reuniones de información para las partes sobre los principales puntos de los procedimientos.
- iii. Revelar la información principal, incluido el pronto acceso a la denuncia, con el fin de que las partes puedan manifestar sus opiniones ya desde la fase de investigación, en las denominadas “*state of the play meetings*” (se exceptúa el caso de carteles).
- iv. **La acusación (requerimiento) da derecho inmediatamente el derecho a acceder a los antecedentes para fines de defensa judicial.**
- v. Se anuncia públicamente la apertura y cierre de los procedimientos, así como el momento en que el “pliego de cargos” o Requerimiento haya sido enviado.
- vi. Incorpora la figura de los Consultores auditores: guardianes independientes de los derechos de defensa y de otros derechos de procedimiento de las empresas implicadas en procedimientos de defensa de la competencia.¹⁷
- vii. Proporcionar a las empresas sujetas a investigación, a los denunciantes y a otras terceras partes, un manual sobre las ocasiones en que pueden recurrir a los Consultores auditores para garantizar que el proceso se desarrolla correctamente.

¹⁷ Información sobre sus funciones se encuentra disponible en su página web: http://ec.europa.eu/competition/hearing_officers/index_en.html

B. CONSIDERACIONES RESPECTO AL CÁLCULO DE LAS MULTAS

El Proyecto de Ley propone el aumento del monto máximo de las multas hasta por una suma equivalente al doble del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción, si es que éste puede ser claramente determinado por el TDLC o, en caso contrario, el 30% de las ventas del infractor correspondientes al periodo durante el cual la infracción se haya prolongado.

Sin pronunciarnos respecto a la necesidad de aumentar el importe de las multas, tema que será analizado por otros colaboradores, estimamos que, a la luz del contenido de las decisiones del TDLC, es necesario **incorporar estándares más detallados para la graduación y fundamentación de las multas**. A nuestro juicio, las sentencias del TDLC no tienen un estándar adecuado ni claro en la ponderación de las multas, en efecto, en la mayoría de los casos consisten en un análisis cualitativo, simplistas y que carece de elementos cuantitativos.

El texto actual del inciso final del artículo 26 establece los siguientes elementos para ponderar las multas: “*Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes durante la investigación.*” Esta referencia resulta insuficiente dado que en casos se han aplicado automáticamente las multas máximas sin mediar un análisis cuantitativo que considere estos factores. Especialmente se observa que este sesgo se produce en aquellas causas de mayor connotación pública.

A fin de mejorar la graduación de las multas se propone la incorporar expresamente la obligación para el TDLC de considerar elementos **económicos y cuantitativos** en la graduación de las multas que queden reflejados en el texto de la sentencia, es decir, que se establezca expresamente la obligación de fundar económica y jurídicamente la decisión.

Del mismo modo, resulta recomendable adoptar instrumentos análogos a los utilizados en otras jurisdicciones tal como la Guía para la determinación de sentencias de los Estados Unidos o “*U.S. Sentencing Guidelines*”¹⁸ y las “*Directrices para el cálculo de las multas*”¹⁹ de la Comisión Europea. Ambas directrices contienen el detalle de los pasos a seguir y elementos a considerar y cómo éstos se traducen en aumentos o disminuciones del importe de la multa, **permitiendo realizar un ejercicio cuantitativo y no meramente cualitativo.**

¹⁸ <http://www.uscourts.gov/>

Ver asimismo, OECD *LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM Session I: Criteria for Setting Fines for Competition Law Infringements, Contribution from the United States Department of Justice* 3-4 September 2013, Lima Peru.

Disponible en:

<http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF%282013%2923&docLanguage=En>

¹⁹Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003 (2006/C 210/02).

Disponible en:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC0901\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC0901(01)&from=EN)

A modo de ejemplo la *U.S. Sentencing Guidelines*²⁰ que juega un rol fundamental en el cálculo de la sentencia y es aplicable a casi todos los crímenes y ofensas federales --no solamente aquellos referidos a las normas de libre competencia-- contempla, entre otras, las siguientes consideraciones:

En el caso de personas naturales:

- (i) Rangos de multas por tipos de ofensas y volumen de ventas de su empleador.
- (ii) Rango de tiempo en prisión (considerando agravantes y atenuantes por su rol, aumento por obstrucción a la justicia, disminución por admisión de responsabilidad, disminución por colaboración con la autoridad).
- (iii) El nivel de ofensa se basa en el volumen de comercio;

En el caso de personas jurídicas:

- (i) Se determina el importe base en base a un porcentaje de las ventas.
- (ii) Se calcula el puntaje de culpabilidad basado en el número de empleados, la participación de altos ejecutivos, historia de conductas anticompetitivas anteriores, obstrucción de justicia, cooperación y aceptación de responsabilidad etc.
- (iii) Se utiliza el puntaje de culpabilidad para determinar los multiplicadores mínimos o máximos de la multa base.
- (iv) Los rangos de la Guía interactúan los máximos alternativos o legales, en el sentido que los rangos están limitados o sujetos a un máximo (cap) legal.
- (v) La Guía establece que se tomará en consideración la capacidad de pago del infractor. Si no puede pagar la multa instantáneamente se establecen pagos parciales sujetos a intereses. Si se determina que no puede pagar la multa aun en pagos parciales, se establecen los pagos sin intereses. Si la empresa no puede pagar la multa aun a plazo y sin intereses sus libros financieros serán analizados por la autoridad de competencia y ésta podrá recomendar a la corte una multa menor.

Por otro lado las Directrices de la Comisión Europea²¹ consideran, entre otros, los siguientes factores:

- (i) Se determina el importe base de la multa que se vinculará a una proporción del valor de las ventas (se detalla las ventas que se consideran y los datos que se emplearán para determinarlas), determinada en función del grado de gravedad de la infracción, multiplicada por el número de años de infracción.

²⁰ <http://www.ussc.gov/>

²¹ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003 (2006/C 210/02).

Disponible en:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC0901\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC0901(01)&from=EN)

- a) La valoración de la gravedad se hará caso por caso para cada tipo de infracción, considerando todas las circunstancias pertinentes.
 - b) Por regla general, la proporción del valor de las ventas que se tendrá en cuenta se fijará en un nivel que podrá alcanzar hasta el 30 %.
 - c) Con el fin de decidir si la proporción del valor de las ventas considerada en un determinado caso debería situarse en la parte inferior o superior de esta escala, la Comisión tendrá en cuenta una serie de factores, como la naturaleza de la infracción, la cuota de mercado combinada de todas las partes interesadas, la dimensión geográfica de la infracción, y la aplicación efectiva o no de las prácticas delictivas.
 - d) Se mencionan las conductas que por su gravedad estarán en la escala más alta.
 - e) El importe determinado en función del valor de las ventas se multiplicará por el número de años de participación en la infracción. Los períodos inferiores a un semestre se contarán como medio año; los períodos de más de seis meses pero de menos de un año se contarán como un año completo.
 - f) Se agrega un porcentaje para efectos disuasorias en determinadas conductas graves.
- (ii) Se ajusta el importe base de la multa en base a agravantes y atenuantes
- a) Circunstancias agravantes, por ejemplo:
 - Persistencia o reincidencia en una infracción **idéntica o similar** tras haber constatado la Comisión o una autoridad nacional de competencia que la empresa ha vulnerado las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82; el importe de base se incrementará hasta en un 100 % por infracción probada;
 - Negativa a cooperar u obstrucción en la investigación;
 - Función de responsable o de instigador de la infracción.
 - b) Circunstancias atenuantes, por ejemplo:
 - Haber aportado prueba de haber puesto fin a la infracción, salvo en el caso de los acuerdos o prácticas de carácter secreto (en particular, los carteles);
 - Acreditar que la infracción se cometió por negligencia;
 - Acreditar una participación limitada;
 - Cooperación efectiva;
 - Cuando el comportamiento anticompetitivo haya sido autorizado o fomentado por las autoridades públicas o la normativa.
 - c) Se contempla un incremento específico para garantizar un efecto disuasorio
 - d) Se establece el límite máximo legal

- Por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23, apartado 2, del Reglamento (CE) no 1/2003.
 - Cuando la infracción de una asociación esté relacionada con las actividades de sus miembros, la multa no podrá ser superior al 10 % del importe global del volumen de negocios total de cada uno de los miembros que opere en el mercado cuyas actividades se vean afectadas por la infracción de la asociación.
- e) Se hace mención a las normas sobre clemencia o delación compensada.
- f) Se toma en consideración la capacidad contributiva de las empresas.
- g) Se mencionan casos en los cuales se podrán imponer multas simbólicas, en cuyos casos las justificaciones deberán figurar en el texto de la decisión.

En cuanto a la “ventas” difiere la experiencia comparada, pero siempre tiene un techo máximo y, se considera también el riesgo que las multas, en la práctica no resulten tan gravosas que puedan comprometer la viabilidad de la empresa, ya que, en ese caso, el efecto final, será la desaparición de un agente de mercado, eliminando competencia.

En síntesis, resulta deseable que se adopten lineamientos que permitan una graduación y ponderación cuantitativa de las multas en base a criterios objetivos.

* * *