



Historia de la Ley N° 20.945

Perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia

Nota Explicativa

Esta Historia de Ley ha sido construida por la Biblioteca del Congreso Nacional a partir de la información disponible en sus archivos.

Se han incluido los distintos documentos de la tramitación legislativa, ordenados conforme su ocurrencia en cada uno de los trámites del proceso de formación de la ley.

Se han omitido documentos de mera o simple tramitación, que no proporcionan información relevante para efectos de la Historia de Ley.

Para efectos de facilitar la revisión de la documentación de este archivo, se incorpora un índice.

Al final del archivo se incorpora el texto de la norma aprobado conforme a la tramitación incluida en esta historia de ley.

ÍNDICE

1. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados 3

1.5. Informe de Comisión de Economía 3

1. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados

1.5. Informe de Comisión de Economía

Cámara de Diputados. Fecha 24 de septiembre, 2015. Informe de Comisión de Economía en Sesión 72. Legislatura 363.

?INFORME DE LA COMISIÓN DE ECONOMÍA, FOMENTO, MIPYMES, PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y TURISMO RECAÍDO EN 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.

BOLETÍN N° 9.950-03 [1]

HONORABLE CÁMARA:

La Comisión de Economía, Fomento, MIPYMES, Protección de los Consumidores y Turismo informa el proyecto de ley mencionado en el epígrafe, de origen en un mensaje de S.E. la Presidenta de la República, calificado de “suma urgencia” para su tramitación legislativa.

I.- CONSTANCIAS REGLAMENTARIAS PREVIAS

1.- Idea matriz o fundamental del proyecto

La idea matriz del proyecto consiste en perfeccionar nuestra institucionalidad de defensa de la libre competencia y dotarla de los más altos estándares que permitan conciliar el legítimo interés de todos los actores que se desempeñan en los mercados, permitiendo que en ellos rija una competencia libre, basada en los méritos y que maximice los beneficios de competidores y consumidores por la vía de prevenir, corregir y sancionar adecuadamente los atentados a la libre competencia.

En efecto, se introducen cambios en el sistema de defensa de la libre competencia, que permitan disuadir y sancionar a quienes atentan en contra de las bases de la economía de mercado, renunciando a competir.

2.- Normas de carácter orgánico constitucional

- El numeral 7) del artículo primero del proyecto que modifica el artículo 18 del decreto ley N° 211, de 1973, relativo a las atribuciones y deberes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, conforme al artículo 77 de la Constitución Política;

- El numeral 12) del artículo primero del proyecto que reemplaza el artículo 30 del decreto ley N° 211, de 1973, relativo a las facultades del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, conforme al artículo 77 de la Constitución Política;

- El párrafo 2° de la letra p) incorporada por la letra i) del numeral 16), que modifica el artículo 39 del decreto ley N° 211, de 1973, sobre las atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico, por el cual se incorpora una nueva facultad al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, conforme al artículo 77 de la Constitución Política.

3.- Trámite de Hacienda

Es de competencia de la Comisión de Hacienda el artículo 4° transitorio.

4.- El proyecto fue aprobado en general por la unanimidad de los diputados (as) presentes señores (as) Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Fernández, doña Maya; Jarpa, don Carlos Abel; Kast, don Felipe; Lavín, don Joaquín; Núñez, don Daniel; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín y Van Rysselberghe, don Enrique.

5.- Artículos o indicaciones rechazadas

Informe de Comisión de Economía

- Indicación de los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe para intercalar en el inciso primero del artículo 3° bis que agrega el numeral 2) del artículo primero, entre las expresiones "prohibitivas" y "que resulten necesarias", la locución "contempladas en la presente ley y".

- Indicación del diputado señor Kast, don Felipe, para eliminar la letra a) del N° 3 del artículo primero del proyecto.

- La letra b) del numeral 6) del artículo primero del proyecto que señala: En su inciso segundo, reemplázase la expresión "letras c), d) y e)" por la frase "letras c) y d)".

- Indicación de los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe para reemplazar en la letra a), literal i) del numeral 9) del artículo primero la frase "al 30% de las ventas del infractor correspondientes al período durante el cual la infracción se haya prolongado" por "al 30% de las ventas realizadas por el infractor el año anterior relacionadas con la línea de negocios objeto de la infracción, con un tope del 10% de la facturación total de éste durante dicho período. En todo caso, a los agentes económicos que no generan ingresos a través de la venta de bienes y servicios, se les podrá aplicar multas de hasta veinte mil unidades tributarias anuales.

- Indicación de los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe para agregar al artículo 26 el siguiente inciso final: "Con todo, las multas señaladas en el literal c) del presente artículo no podrán aplicarse, por los mismos hechos, a directores, administradores o a cualquier persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo, que sean sancionadas de conformidad a lo prescrito en el artículo 286 bis del Código Penal. En caso de que éstas ya hubieren sido cursadas, quedarán sin efecto. Asimismo, en estos casos las personas naturales mencionadas precedentemente no serán solidariamente responsables del pago de las multas que se impongan a las personas jurídicas relacionadas con la infracción."

- Indicación de los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe para agregar, en el inciso primero del artículo 31 bis, a continuación del punto final (.) que pasa a ser seguido (.), lo siguiente: "La audiencia pública de la que trata este inciso deberá tener lugar dentro de los 30 días siguientes a la presentación del recurso en cuestión."

- Indicación de los diputados señores Chahin y Espejo para agregar en el inciso cuarto del artículo 33, a continuación de la frase "del Ministro de Economía, Fomento o Reconstrucción" la frase "de la Cámara de Diputados o de veinte de sus miembros", precedida de una coma (,).

- Indicación de los diputados señores Chahin y Núñez, don Daniel, para reemplazar la letra g) del numeral 16) por la siguiente:

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

i) Intercálase en su párrafo segundo, entre la frase 'partes comparecientes al acuerdo' y el punto seguido (.), la siguiente frase: 'así como el parecer de quienes tengan interés legítimo y de las asociaciones de consumidores reguladas en el párrafo segundo del Título II de la ley N° 19.496.', y

ii) Reemplázase en su párrafo segundo la expresión ', y' por un punto y coma (;).".

- Indicación de los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe para agregar, en la nueva letra p) que se incorpora por el literal h), a continuación de la expresión "de este artículo", en punto seguido, la locución "En el ejercicio de esta atribución, no serán aplicables las sanciones establecidas en los literales h) y j) mencionadas precedentemente;"

- Indicación del diputado señor Kast, don Felipe, para eliminar el literal q) que se agrega al artículo 39 por la letra h).

- Indicación de los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe para reemplazar la mencionada letra q) por la siguiente: "q) Promover ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 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, para que dicho Tribunal, dentro del ejercicio de sus atribuciones, realice las propuestas que estime al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda;"

Informe de Comisión de Economía

- Indicación de los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe para agregar al artículo 46, a continuación de la expresión "las operaciones de concentración" la frase "realizadas por agentes económicos del mismo sector o de la misma etapa de un proceso de producción,".

- Indicación de los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe para agregar al artículo 47, a continuación de la expresión "dos o más agentes económicos" la locución ", del mismo sector o de la misma etapa de un proceso de producción,".

- Indicaciones de los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe para:

1. Eliminar en el numeral i) del inciso segundo del nuevo artículo 48 la frase ", y las de sus respectivos grupos empresariales";

2. Eliminar en el numeral ii) del inciso segundo del nuevo artículo 48 la frase ", las de todo su grupo empresarial", y

3. Eliminar en el numeral iii) del inciso segundo del nuevo artículo 48 la frase ", las de sus respectivos grupos empresariales".

- Indicación del Ejecutivo (11, g) para modificar el artículo 55 del nuevo Título IV, del siguiente modo:

i) Reemplázase en el inciso primero la frase "al notificante dentro del mismo plazo establecido para su dictación. Adicionalmente," por la frase "sin demora al notificante. Adicionalmente, luego de comunicada la resolución al notificante,".

- Indicación de los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe para eliminar el artículo 285 del Código Penal.

- Indicación de los diputados señor Poblete y señora Fernández para reemplazar, en el nuevo artículo 286 bis, la expresión "reclusión mayor en su grado mínimo" por la expresión "reclusión mayor en su grado medio".

- Indicación de los diputados señores Chahin y Espejo, para reemplazar, en el artículo 286 bis propuesto, la expresión "reclusión mayor en su grado mínimo" por la expresión "presidio mayor en sus grados mínimo a medio".

- Indicación de los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe para agregar en el nuevo artículo 286 bis, entre las frases "competidores entre sí," y "persiguiendo cualquiera", la siguiente frase: "y que afecten la libre competencia en el mercado relevante".

- Indicación de los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe para agregar el siguiente inciso final al artículo 286 bis: "Quedarán sin efecto las multas que se hubieren aplicado o la responsabilidad solidaria que se hubiere hecho efectiva de conformidad a lo establecido en el artículo 26 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, a aquellas personas que, por los mismos hechos, sean sancionadas de acuerdo al presente artículo.".

- Indicación de los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe para agregar en el artículo 286 ter, a continuación del punto seguido, la oración "Asimismo, al segundo que haya aportado antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica y accedido así a los beneficios establecidos en el inciso tercero del artículo 39 bis del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, se le reducirá la pena en un grado.".

- Indicación del diputado señor Kast, don Felipe, para realizar las siguientes modificaciones al artículo 286 quáter del Código Penal.

a) En el inciso primero, para agregar entre las frases "sólo podrán ser iniciadas" y "por querella", la voz "discrecionalmente", entre comas (,).

b) En el inciso primero, para agregar a continuación del punto seguido, que pasa a ser coma (,), lo siguiente: "una vez que se encuentre ejecutoriada la sentencia condenatoria del Tribunal de la Libre Competencia por la infracción del artículo 26 letra a), del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y

Informe de Comisión de Economía

Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973.

c) Para suprimir los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto.

d) Para agregar un nuevo inciso final del siguiente tenor:

"El término de la prescripción de la acción penal de este delito se interrumpirá desde el requerimiento del Fiscal Nacional Económico o la presentación de la demanda de algún particular ante el Tribunal de la Libre Competencia, respecto de alguna de las infracciones contempladas en el artículo 3º del 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."

- Indicación de los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe para modificar el artículo 286 quáter de la siguiente manera:

1) Para sustituir en su inciso segundo la palabra "Si" por "Sólo en caso que".

2) Para reemplazar en su inciso segundo la expresión "pudiesen ser" por "hubiesen sido, mediante sentencia firme y ejecutoriada,".

3) Para eliminar en su inciso segundo la locución ", discrecionalmente,".

4) Para suprimir en su inciso segundo la frase "querella y/o presentar requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia".

5) Para sustituir en su inciso tercero la palabra "iniciado" por "terminado el".

6) Para reemplazar en su inciso tercero la expresión "no será impedimento" por "será requisito necesario".

7) Para agregar el siguiente inciso cuarto nuevo, pasando el actual cuarto a ser quinto y así sucesivamente:

"El requerimiento por parte de la Fiscalía Nacional Económica ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, debidamente notificado, suspenderá el tiempo de la prescripción de la acción penal originada por los hechos a que se refiere el artículo 286 bis."

6.- Indicaciones declaradas inadmisibles

- Indicación de los diputados señores Chahin y Espejo para incorporar el siguiente artículo 48 bis: "Artículo 48 bis.- Mediante oficio al Servicio Nacional del Consumidor, la Fiscalía Nacional Económica notificará operaciones de concentración, sin importar el tamaño de éstas, que se consideren potencialmente dañinas para los consumidores."

- Indicación del diputado señor Núñez, don Daniel, para agregar el siguiente inciso tercero, al artículo 55 propuesto:

"Las asociaciones de consumidores con representación nacional y que tengan una vigencia de tres años, a lo menos, podrán presentar operaciones de concentración para que sean investigadas por la Fiscalía Nacional Económica. Para tales efectos, dicho organismo deberá elaborar un reglamento que regule la participación de las organizaciones de consumidores."

7.- Se designó diputada informante a la señora FERNÁNDEZ, doña MAYA.

Asistieron a la Comisión, especialmente invitados los señores (as):

1) Luis Felipe Céspedes, Ministro de Economía, Fomento y Turismo;

2) Jorge Grunberg, Asesor Ministerio de Economía;

3) Felipe Irarrázabal, Fiscal Nacional Económico;

Informe de Comisión de Economía

- 4) María Elina Cruz, Directora del Centro de la Libre Competencia, Pontificia Universidad Católica;
- 5) Aldo González, Profesor de Economía de la Universidad de Chile;
- 6) Susana Jiménez, representante del Instituto Libertad y Desarrollo;
- 7) Tomás Menchaca, Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia;
- 8) Francisco Agüero, Director del Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile
- 9) Juan Pablo Montero, Economista de la Pontificia Universidad Católica;
- 10) Nicole Nehme, Especialista en materias de competencia del Centro de Estudios Espacio Público;
- 11) Juan Pablo Hermosilla, Profesor de Derecho Penal de la UDP;
- 12) Juan Pablo Mañalich, Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Chile
- 13) Claudio Agostini, Profesor de Economía de la Universidad Adolfo Ibáñez;
- 14) Francisco Rosende, Economista de la Pontificia Universidad Católica de Chile;
- 15) José Padró, Vicepresidente de Confedetur;
- 16) Oscar Bruna, Director Nacional de Conapyme;
- 17) Claudio Rodríguez, Director Nacional de Conapyme;
- 18) Fernando Alvear, Gerente General de la Confederación de la Producción y del Comercio (CPC);
- 19) Julio Pellegrini, Presidente de la Comisión de Libre Competencia del Colegio de Abogados, y
- 20) Hernán Calderón, Presidente de Conadecus.

II.- ANTECEDENTES

Entre los fundamentos de la iniciativa, el mensaje destaca el hecho de que transcurridos más de 55 años de la entrada en vigencia de la primera ley de defensa de la libre competencia, contenida en el Título V de la ley N° 13.305, de 1959, nuestro país ha implementado avances sustantivos en materia de promoción y defensa de la libre competencia en los mercados. En la historia reciente, cabe destacar especialmente las modificaciones introducidas por la ley N° 19.911, de 2003, y la ley N° 20.361, de 2009. La primera, creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), dando forma a una institucionalidad que a lo largo de una década de funcionamiento ha dado muestras importantes de profesionalismo y seriedad en la aplicación de la ley. La segunda, incorporó a nuestra legislación la delación compensada, herramienta que las jurisdicciones más avanzadas contemplan en el combate a la colusión -conducta que produce los efectos más graves en contra de la libre competencia y los consumidores-; el alza en el tope máximo de las multas hasta un monto de 30.000 unidades tributarias anuales (UTA) y, en especial, las facultades de investigación que dicha ley le confirió a la Fiscalía Nacional Económica (FNE).

La defensa de la libre competencia se considera esencial para el desarrollo de Chile. Ella garantiza la existencia de mercados en los cuales impere una verdadera competencia que permita que las empresas ofrezcan bienes y servicios de mejor calidad, mayor variedad, innovadores y al menor precio posible.

III. CONTENIDO DEL PROYECTO

Las modificaciones del proyecto al sistema de defensa de la libre competencia dicen relación con reformas en materia de colusión relativas al aumento del monto máximo de las multas, para disuadir la comisión de ilícitos anticompetitivos; la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la Administración del Estado; el fortalecimiento de la delación compensada; la eliminación de la exigencia de que el acuerdo o la práctica concertada confieran poder de mercado para sancionar ilícitos de colusión y ajuste del tipo infraccional de colusión

Informe de Comisión de Economía

a las hipótesis de los denominados “carteles duros”, y la criminalización de la colusión.

1. En materia de colusión

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

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

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

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

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

Dada la gravedad de las conductas de colusión, se propone introducir en el literal d) del artículo 26 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, como una sanción adicional para estos casos, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la Administración del Estado hasta por el plazo de 5 años contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada. De esta manera, quien haya sido parte en un cartel no podrá beneficiarse con recursos públicos.

Se sostiene en el mensaje que la delación compensada es una herramienta esencial en la lucha contra los carteles, que ha resultado muy eficaz en el derecho comparado.

Tal y como se encuentra consagrada en el artículo 39 bis de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, quien sea parte en una colusión podrá acceder a una exención o reducción de la multa cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.

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

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

Informe de Comisión de Economía

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

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

El literal a) del inciso segundo del artículo 3° de la Ley de Defensa de la Libre Competencia exige que para sancionar un ilícito de colusión, el acuerdo o la práctica concertada deben conferir poder de mercado a los competidores que participen en él. Si se analiza el derecho comparado, tanto en las jurisdicciones de mayor tradición – tales como Estados Unidos de América, la Comunidad Europea y Canadá – como en otras más nóveles pero también relevantes – tales como Australia, Brasil y México – esta exigencia probatoria resulta inédita.

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

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

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

En materia de criminalización de la colusión, la Ley de Defensa de la Libre Competencia contempló, desde el año 1959 al año 2003, la sanción de presidio menor en cualquiera de sus grados (61 días a 5 años) respecto de quienes atentaran en contra de la libre competencia. Esta sanción nunca se aplicó producto de la ausencia de una cabal conciencia acerca de la gravedad de estos ilícitos, así como de la falta de una institucionalidad adecuada para hacer frente a casos de alta complejidad y, finalmente, fue derogada en el año 2003 por la ley N° 19.911.

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

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

Informe de Comisión de Economía

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

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

Tanto para los ejecutivos que celebren, implementen o ejecuten esta clase de acuerdos colusorios, como para las personas naturales que los organicen, tales como directivos de asociaciones gremiales o asesores de las empresas competidoras, se establece una pena principal de crimen, esto es, reclusión mayor en su grado mínimo (5 años y un día a 10 años). Asimismo, para las mismas personas naturales, se establece una pena accesoria de inhabilitación absoluta para desempeñar cargos u oficios públicos, cargos de director o gerente en empresas del Estado, cargos de director o gerente en sociedades anónimas abiertas, así como cualquier cargo directivo en asociaciones o colegios profesionales, por un plazo de cinco años contados desde que la sentencia definitiva quedare ejecutoriada.

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

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

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

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

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

Informe de Comisión de Economía

Respecto al establecimiento de un control preventivo y obligatorio de fusiones u operaciones de concentración, se argumenta en el mensaje que un sistema institucional de control de fusiones u operaciones de concentración constituye una herramienta indispensable de un régimen eficaz de defensa de la libre competencia, por lo que la iniciativa se hace cargo de las recomendaciones formuladas por la OCDE en la materia.

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

En el proyecto se especifica qué operaciones estarán sujetas al control del sistema de defensa de la libre competencia. Se define que se entenderá por operación de concentración todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos previamente independientes entre sí dejen de serlo, en cualquier ámbito de sus actividades.

Se señala qué operaciones de concentración son las que deberán notificarse a la FNE por los agentes económicos en forma previa a su perfeccionamiento. Se trata de aquellas que cumplan con los siguientes requisitos copulativos: i. Que la suma de las ventas en Chile de los agentes económicos que proyectan concentrarse haya alcanzado, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifica la notificación, montos iguales o superiores al umbral establecido mediante Reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, y ii. Que en Chile, por separado, al menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse hayan generado ventas, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifica la notificación, por montos iguales o superiores al umbral establecido mediante Reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. En esa misma línea, se establece un deber para la FNE de informar anualmente, tanto al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo como al público en general, los antecedentes que sean necesarios para adecuar los umbrales vigentes a fin de garantizar el correcto funcionamiento del sistema.

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

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

En el caso de operaciones de concentración que no superen los umbrales que generan la obligación de notificarlas a la FNE, éstas igualmente podrán ser notificadas en forma voluntaria por los agentes económicos que proyectan concentrarse.

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

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

Se hace presente que el establecimiento de un régimen de control preventivo y obligatorio de operaciones de concentración en caso alguno reduce la capacidad del sistema para revisar, por otras vías, fenómenos que

Informe de Comisión de Economía

impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o puedan tender a ello, pero que no queden comprendidos por la definición de operación de concentración que el presente proyecto propone. En este sentido, acuerdos restrictivos entre competidores que no constituyan una fusión o asociación, o la adquisición de una participación en un competidor que no suponga el cese de la independencia entre competidores, seguirán sujetos a las reglas generales.

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

El procedimiento propuesto consta de dos fases:

- i. Una primera fase en la cual la FNE deberá determinar si la operación merece ser investigada en virtud de eventuales riesgos anticompetitivos que pueda presentar, pudiendo solicitar información adicional y contando al efecto con un plazo de hasta 25 días desde que la notificación se considera completa por la propia FNE.
- ii. Una segunda fase en la cual la FNE podrá investigar y analizar en profundidad la operación, contando con un plazo de hasta 90 días para evaluar la operación de concentración notificada.

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

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

- i. Aprobar la operación notificada en forma pura y simple, si es que llegare a la convicción de que la operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia;
- ii. Aprobar la operación notificada, a condición de que se dé cumplimiento a las medidas ofrecidas por el notificante, si es que llegare a la convicción de que sujetándose la operación a tales medidas, ésta no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia; o
- iii. Prohibir la operación notificada, cuando concluya que la misma cuenta con aptitud para reducir sustancialmente la competencia.

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

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

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

La propuesta de control de operaciones de concentración cubre aquellos aspectos que se consideran necesarios para garantizar la eficacia del nuevo régimen. De esta forma, se introduce un nuevo artículo 3° bis en el cual se establece que podrán aplicarse las medidas del artículo 26 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, así como aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias, a quienes:

Informe de Comisión de Economía

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

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

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

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

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

a. Dotar a la Fiscalía Nacional Económica de facultades para realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados

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

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

Por ello, se propone dotar a la FNE de la facultad de realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados, para lo cual podrá recabar información tanto de particulares como de instituciones públicas. Esta herramienta permitirá que la FNE pueda contribuir al desarrollo de mejores políticas públicas que tengan por objeto introducir mayor competencia en los mercados.

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

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

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

4. Aplicación de las acciones y del procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, consagradas en la ley N° 19.496.

Con el objeto de garantizar a los consumidores afectados por infracciones a la libre competencia de ser efectivamente indemnizados por los perjuicios que se les causen.

5. Aplicar sanciones específicas a quienes entorpezcan las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica con penas de prisión para quienes proporcionen información falsa en el contexto de una investigación. Además, se contemplan multas para aquellos investigados que injustificadamente no respondan o respondan sólo parcialmente a las solicitudes de información efectuadas por la Fiscalía, y para quienes injustificadamente no comparezcan a declarar. Las penas de prisión serán impuestas por la justicia penal, en tanto que las multas serán aplicadas por el TDLC.

6. Exigir dedicación exclusiva a los Ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por lo que no podrán prestar servicios de ningún tipo a personas naturales o jurídicas, o ejercer en cualquier forma aquellas actividades

Informe de Comisión de Economía

propias del título o calidad profesional que poseen. Lo anterior, es sin perjuicio de que el desempeño como integrante titular del Tribunal será compatible con los cargos docentes, hasta por 12 horas semanales, al igual como el límite aplicable al resto de los jueces de la República de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 261 del Código Orgánico de Tribunales.

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

7. Otras modificaciones

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

b. Prescripción de multas e imprescriptibilidad de medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar un atentado a la libre competencia

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

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

f. Eficacia de los acuerdos extrajudiciales respecto de terceros.

IV.- DISCUSIÓN GENERAL DEL PROYECTO

El señor Luis Felipe Céspedes, Ministro de Economía, Fomento y Turismo hizo presente que la defensa de la libre competencia es fundamental para el desarrollo del país, puesto que ella es la que lleva a las empresas a innovar, a generar nuevos productos y mejoras en sus servicios que les permitan aumentar su participación en los mercados y de esa manera beneficiar a los consumidores. Cuando hay pocos incentivos para competir, hay también pocos incentivos para innovar, lo cual se refleja en que el año 2013 la inversión en I+D en Chile representaba alrededor del 0,38% del PIB, muy por debajo del 2% que registran en promedio los países de la OCDE; y gran parte de la innovación en Chile la realiza el Estado, no la empresa privada. De ahí la importancia que tiene el fortalecimiento de la libre competencia en lo que puede ser la innovación, la productividad y el crecimiento del país, afirmó.

Refiriéndose a la necesidad de una modificación integral al sistema de defensa de la libre competencia, recordó que en los últimos años ha habido dos grandes reformas al sistema: la ley N° 19.911, de 2003, que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y derogó la pena de prisión para ilícitos anticompetitivos; y la ley N° 20.361, de 2009, que confirió a la Fiscalía Nacional Económica facultades especiales de investigación para perseguir la colusión y creó la delación compensada. Fue precisamente esto último lo que permitió a la FNE desbaratar un cartel que generó pérdidas a los consumidores chilenos del orden de US\$ 1.500 millones, como fue el de los productores de pollos, sin olvidar que fue la colusión de las farmacias la que permitió que estas reformas se llevaran adelante.

Hoy, a cinco años de la última modificación legal, se ha generado la necesidad de perfeccionar el sistema para adaptarlo a los más altos estándares internacionales en la materia, que son los establecidos en aquellos países en que el mercado es el principal asignador de recursos, los cuales consideran que la única forma de sostener el crecimiento es fortaleciendo la libre competencia. Adicionalmente, se han generado estudios que permiten concluir que para ello se requieren las modificaciones que está proponiendo el Ejecutivo. Tales son el informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia de 2012; el informe de la OCDE sobre Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile, de 2014, y el informe de la OCDE sobre Estudios de Mercado, de 2015.

Así, entonces, el proyecto de ley comprende tres grandes ejes, como son el robustecimiento de las herramientas para combatir la colusión, un nuevo régimen de control de operaciones de concentración o fusiones, y otras mejoras a la institucionalidad, tendientes a una detección y respuesta más eficaz para los distintos fenómenos anticompetitivos, lo que reviste gran importancia para las condiciones de competencia que enfrentan pequeñas y medianas empresas en mercados que muchas veces no están bajo el radar de la opinión pública.

Informe de Comisión de Economía

En lo que respecta a la lucha contra los carteles, señaló el señor Ministro que, sin duda, la colusión entre competidores es la conducta más dañina en contra de la libre competencia. Algunos autores la consideran el cáncer de la economía de mercado, porque afecta no sólo a los consumidores, sino también a los pequeños competidores y ciertamente que erosiona las confianzas en el sistema económico. Por ello es necesario desincentivar de manera efectiva la ocurrencia de estos ilícitos y dotar a las instituciones con los instrumentos adecuados para que cumplan con este objetivo.

Respecto del aumento del monto máximo de las multas, explicó que actualmente existen topes máximos fijos para este tipo de sanciones, que alcanzan las 30.000 UTA (US\$ 25 millones) para los casos de colusión y las 20.000 UTA (US\$ 17 millones) tratándose de otras infracciones. Estos montos, a la luz de la experiencia de los últimos años, han sido insuficientes para disuadir los ilícitos más graves. A modo de ejemplo, en el "Caso Pollos" (pendiente ante la Corte Suprema), la FNE estimó en US\$ 1.500 millones el daño causado al mercado, mientras que el TDLC multó con un total de US\$ 60 millones a las tres empresas coludidas.

A raíz de ello, se ha considerado que las multas efectivamente disuasorias deben tener un límite máximo flexible, que permita sancionar por sobre el beneficio económico obtenido por los infractores. Consecuentemente, se propone que el monto máximo de la multa ascienda hasta una suma equivalente al doble del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción, si es que éste puede ser claramente determinado por el Tribunal o, en caso contrario, al 30% de las ventas del infractor correspondientes al período durante el cual la infracción se haya prolongado. Esto está en línea con las legislaciones con mayor tradición en materia de libre competencia, como son la estadounidense (doble del beneficio) y la europea (30% de las ventas).

Se contempla, por otra parte, una sanción adicional para los casos de colusión, como es la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la Administración del Estado, incluyendo a empresas públicas, hasta por un plazo de 5 años contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada. De esta manera, quien haya sido parte en un cartel no podrá beneficiarse de la obtención de recursos públicos que pertenecen a todos los chilenos.

Asimismo, la delación compensada es una herramienta que ha demostrado ser una de las más eficaces en la lucha contra los carteles en el derecho comparado, pero que en nuestro país no ha tenido el efecto esperado, en gran medida porque la exención de sanciones que comprende sólo se extiende al ámbito de las multas y no cubre posibles responsabilidades penales. Se propone entonces que el ejecutor de la conducta que primero aporte antecedentes a la FNE pueda acceder a la exención de la generalidad de las sanciones que resulten aplicables, incluyendo las penales. En este aspecto, al eximir al delator de todas las sanciones aplicables, indirectamente se está enfrentando también la incertidumbre que hoy existe respecto de los casos que están viendo los tribunales.

Para el resto de los ejecutores de la colusión que comparezcan ante la FNE, se contempla la posibilidad de que accedan a una reducción de las sanciones de acuerdo a lo que determine la propia Fiscalía, para lo cual, con el fin de dotar de mayor flexibilidad a este organismo en el otorgamiento del beneficio de reducción de la multa, se elimina la restricción vigente en la ley en orden a que la reducción no pueda ser superior al 50% de la multa mayor solicitada para los demás ejecutores de la conducta.

En cuanto al ajuste del tipo de colusión de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, explicó el señor Ministro que, actualmente, para sancionar un ilícito de colusión en Chile, se exige que el acuerdo o la práctica concertada confieran poder de mercado a los competidores que participen en él, exigencia probatoria que resulta inédita en el derecho comparado, donde sólo basta que se acredite un acuerdo o concierto entre los competidores para configurar el ilícito. En efecto, en esos países, para declarar anticompetitivos a los denominados "carteles duros" (hardcore cartels), que son aquellas colusiones entre competidores para 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, sólo es necesario que se acredite la existencia de un acuerdo entre competidores y que este acuerdo verse sobre las variables esenciales de competencia antes mencionadas.

Agregó que los carteles duros son conductas manifiestamente anticompetitivas, por lo que quienes incurrir en ellas son sancionados sin que sea necesario evaluar el poder de mercado ni los efectos anticompetitivos que genera la conducta; y no proceden defensas de eficiencia, pues en rigor no existen (si las hubiera, redundan en beneficio de los coludidos). En consecuencia, se propone en el proyecto eliminar, del literal a) del artículo 3° de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, la expresión "que les confieran poder de mercado".

Con respecto a la criminalización de la colusión, planteó que la sociedad chilena es consciente del inmenso daño

Informe de Comisión de Economía

que ésta causa a los mercados y a los agentes económicos que actúan en ellos, en especial, a los consumidores y competidores de menor tamaño. Se trata de conductas que tienden a defraudar la confianza de los ciudadanos en la economía de mercado, y no resulta justificable que otras conductas, que tienen una significación económica y un desvalor social sustancialmente menores que los carteles duros, sean tipificadas como delitos penales y, en cambio, tales formas de colusión no lo sean. Por lo anterior, el Ejecutivo propone criminalizar la colusión.

Sin embargo, se ha levantado el argumento de que, a partir del año 2003, no hubo penas de cárcel para quienes se coludieran y que, como consecuencia de ello, hubo un aumento en la eficiencia de nuestro sistema para detectar conductas anticompetitivas, lo que demostraría que la penalización de la colusión es innecesaria. A juicio del Ministro, este argumento presenta un problema estructural, ya que, hasta antes del año 2003, la institucionalidad para la defensa de la libre competencia no era la misma que se construyó a partir de ese año y, particularmente, a contar de 2009. Hasta entonces, para poder aplicar el tipo penal que luego se derogó, había que probar más allá de toda duda razonable la participación de los imputados en un cartel, para lo cual la FNE no tenía atribuciones ni medios suficientes, y por eso es que la figura penal nunca se utilizó. Hoy en día, la situación ha cambiado significativamente y la FNE cuenta con un instrumental que le permitiría comprobar eventualmente la existencia de un cartel duro, cumpliendo con el estándar probatorio exigible para que se puedan ejercer las acciones correspondientes, razón por la cual se puede descartar el argumento antes mencionado.

En abono a la propuesta gubernamental, acotó que en las jurisdicciones con mayor tradición histórica en materia de defensa de la libre competencia, la colusión es sancionada con penas de cárcel equivalentes a las que se contemplan en el proyecto (hasta 14 años en Canadá y hasta 10 años en Estados Unidos), y hay países que han tendido más recientemente a adoptar esta medida, como es el caso de Australia y México (hasta 10 años). En la Unión Europea, el Reino Unido, Francia, Alemania (sólo para el caso de las licitaciones públicas), también lo han hecho.

Detalló enseguida que el Ejecutivo, habiendo analizado diversas mociones parlamentarias sobre la materia, presentadas tanto por senadores como por diputados, propone establecer un tipo especial de colusión, introduciendo un nuevo artículo 286 bis en el Código Penal, para castigar a quien celebre, implemente, ejecute u organice acuerdos, convenciones, contratos o convenios que involucren a dos o más competidores entre sí, persiguiendo cualquiera de los propósitos siguientes:

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

Advirtió el Ministro que este tipo penal no se remite a todos los tipos de concierto entre competidores establecidos en el artículo 3° letra a) de la Ley de Defensa de la Libre Competencia (acuerdos expresos, acuerdos tácitos o prácticas concertadas), sino que específicamente a los "acuerdos". Y ello, porque esta es la forma de tipificación que se utiliza en las legislaciones comparadas. La lógica es que los acuerdos tácitos o prácticas concertadas son usualmente acreditados a través de indicios y prueba económica, lo cual generaría dudas a la hora de cumplir con el estándar probatorio penal que requiere acreditar la existencia del ilícito "más allá de toda duda razonable". De ahí que el tipo penal propuesto se refiere únicamente a las hipótesis de "carteles duros", que son los únicos en los cuales es posible alcanzar una convicción absoluta acerca de la anticompetitividad de la conducta.

En cuanto a la sanción, se establece una pena principal de crimen, esto es, reclusión mayor en su grado mínimo (5 años y un día a 10 años). Asimismo, se establece una pena accesoria de inhabilitación absoluta para desempeñar cargos u oficios públicos, cargos de director o gerente en empresas del Estado, cargos de director o gerente en sociedades anónimas abiertas, así como cualquier cargo directivo en asociaciones o colegios profesionales, por un plazo de cinco años contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada. Las penas han sido determinadas en proporción a los severos daños que estas conductas causan a una gran cantidad de personas al lesionarse la fe pública, la institucionalidad económica y el bien jurídico de la libre competencia. Se busca de esta forma generar una disuasión efectiva, impidiéndose que los responsables de estas conductas puedan acceder a

Informe de Comisión de Economía

salidas alternativas en el procedimiento o a penas sustitutivas de la privación de libertad.

En el nuevo artículo 286 ter, se establece que estará exento de responsabilidad criminal el que primero aporte antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica y haya accedido a los beneficios de la delación compensada. De esta manera, el primer delator ante la FNE, que cumpla con todos los requisitos establecidos en la ley, podrá eximirse de responsabilidad penal. Con esto se dota a la delación compensada de la certeza jurídica necesaria para que funcione eficazmente como instrumento para disuadir conductas colusorias y desbaratar carteles.

Por último, en el nuevo artículo 286 quáter, se regula el ejercicio de la acción penal, disponiendo que las investigaciones de hechos constitutivos del delito de colusión sólo podrán ser iniciadas por querrela de la Fiscalía Nacional Económica, y no por medio de una simple denuncia, por ser ella el organismo técnico que cuenta con todas las facultades necesarias para investigar tal delito (facultades especiales del artículo 39 letra n) y aplicar la delación compensada del artículo 39 bis de la Ley de Defensa de la Libre Competencia.

Adicionalmente, el nuevo artículo 286 quáter dispone que si los hechos constitutivos del delito establecido en el nuevo artículo 286 bis del Código Penal pudieren ser sancionados con las medidas contempladas en el artículo 26 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, el Fiscal Nacional Económico podrá, discrecionalmente, interponer la respectiva querrela ante el Juzgado de Garantía y/o presentar requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. La lógica de funcionamiento de la persecución penal es que en aquellos casos de alto impacto para los mercados, en que la FNE reúna evidencia relativa a la existencia de una colusión, valiéndose de las facultades especiales de investigación contempladas en el literal n) del artículo 39 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia y/o de la información brindada por medio de la delación compensada establecida en el artículo 39 bis del mismo cuerpo normativo, presente un requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en contra de las empresas que se han coludido y, a su vez, una querrela criminal en contra de las personas naturales que han celebrado, implementado, ejecutado u organizado la colusión.

En otro orden de materias, el proyecto contempla un nuevo régimen de control de operaciones de concentración o fusiones. Puso el Ministro a disposición de la Comisión un documento de la OCDE donde se analiza el sistema de control de fusiones chileno y se hace una propuesta para modificarlo, de forma tal de adaptarlo a los estándares internacionales.

Planteó que, en el derecho de la competencia, las operaciones de concentración consisten en todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos previamente independientes entre sí dejen de serlo, en cualquier ámbito de sus actividades. Usualmente, se trata de uniones entre empresas o adquisiciones de una empresa o de sus activos por parte de otra, en las cuales disminuye o cesa la independencia existente entre los agentes económicos que participan de la operación. Al analizar la licitud de estas operaciones, las autoridades de libre competencia evalúan las eficiencias y los riesgos anticompetitivos que la concentración o fusión puede producir. Cuando la operación aún no se ha perfeccionado, se trata de un estudio prospectivo de eficiencias y riesgos, que mira hacia el futuro. Esta dimensión preventiva del derecho de la libre competencia constituye un elemento fundamental para anticiparse a la materialización de los riesgos anticompetitivos asociados a la operación, y un sistema institucional de control de fusiones u operaciones de concentración es una herramienta indispensable para tener un régimen eficaz de defensa de la libre competencia.

En lo que atañe al sistema chileno, la OCDE, en el año 2014, a través de un informe encargado por el Ministerio de Economía, concluyó que "el actual régimen de control de operaciones de concentración carece de transparencia, seguridad jurídica y predictibilidad, elementos claves para un eficaz sistema de control de concentraciones", agregando que "las principales razones de la situación actual en Chile son: la falta de disposiciones legales para el control de concentraciones, la carencia de criterios jurisdiccionales claros, el que el control esté sujeto a procedimientos generales antimonopolios que no fueron diseñados para tales fines y la ausencia de facultades específicas entre la FNE y el TDLC".

Acogiendo la recomendación de la OCDE, entonces, se propone incluir en la Ley de Defensa de la Libre Competencia un nuevo Título IV denominado "De las operaciones de concentración", cuyas reglas dan cuenta de todos los aspectos necesarios para cumplir con los estándares que requieren la protección de la libre competencia y el desenvolvimiento eficiente y certero de los negocios. En este título se especifica en forma clara qué operaciones estarán sujetas al control, para lo cual se especifica que se entenderá por operación de concentración todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos previamente independientes entre sí dejen de serlo, en cualquier ámbito de sus actividades. Luego, cada operación

Informe de Comisión de Economía

de este tipo deberá ser notificada por los agentes económicos que hayan tomado parte en ella.

Las operaciones que se propone sean controladas preventivamente son las que cumplan con los siguientes requisitos copulativos:

1. Umbral conjunto. Que la suma de las ventas en Chile de los agentes económicos que proyectan concentrarse haya alcanzado, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifica la notificación, montos iguales o superiores al umbral establecido mediante Reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, y
2. Umbral individual. Que en Chile, por separado, al menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse hayan generado ventas, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifica la notificación, por montos iguales o superiores al umbral establecido mediante el Reglamento antes citado.

Al respecto, la OCDE recomienda en su informe que "Los umbrales de notificación deben ser claros y objetivos, basados exclusiva y objetivamente en criterios cuantificables. Deben establecer un nexo suficiente con Chile de acuerdo a criterios comprensibles y fácilmente administrables".

En cuanto a la razón por la que se ha decidido remitir al reglamento la fijación de los umbrales, señaló el Ministro que quizá lo más importante es que, dado que se establecería por primera vez este sistema, ellos podrían resultar demasiado bajos o demasiado altos, siendo necesario contar con alguna flexibilidad para poder ajustarlos rápidamente. En esa misma línea, se establece un deber para la FNE de informar anualmente, tanto al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo como al público en general, los antecedentes que sean necesarios para adecuar los umbrales vigentes a fin de garantizar el correcto funcionamiento del sistema.

Alemania	Dinamarca	Hungría	Países Bajos
Austria	Eslovaquia	Irlanda	Polonia
Bélgica	Eslovenia	Israel	Portugal
Brasil	España	Italia	República Checa
Bulgaria	Estados Unidos	Japón	Rumania
Canadá	Estonia	Letonia	Rusia
Chile	Finlandia	Lituania	Sudáfrica
Colombia	Francia	México	Suecia
Corea del Sur	Grecia	Noruega	Turquía

En todo caso, en base a las recomendaciones de la OCDE, se ha hecho una estimación de los umbrales aplicables al nuevo régimen de control de operaciones de concentración que se establecerían vía reglamento, para cuyo cálculo se ha considerado el tamaño de la economía local y la experiencia internacional, tomando como referencia los siguientes países:

Haciendo un análisis de regresión entre los umbrales que han fijado dichos países y sus respectivos niveles de ingreso (PIB como proxy de ventas), y ajustando los resultados al PIB nacional, se ha determinado para Chile un umbral conjunto de US\$ 83 millones y un umbral individual de US\$ 14 millones. Por tanto, si la suma de las ventas de todos los partícipes en una operación de concentración alcanza los 83 millones de dólares y las ventas de al menos dos de ellos alcanzan individualmente los 14 millones de dólares, deberán notificar obligatoriamente a la FNE su propósito de fusionarse.

Utilizando los umbrales definidos anteriormente, se ha proyectado también el número de notificaciones que recibiría la FNE, acudiendo nuevamente a la experiencia internacional en la materia. Aclaró el Ministro que este es un ejercicio imperfecto, en cuanto asume que la probabilidad de que ocurra una fusión en la economía está relacionada con el PIB per cápita, lo que no es necesariamente correcto suponer. En cualquier caso, se efectuaron tres proyecciones con umbrales diferentes, incluyendo los determinados en primera instancia para Chile, las cuales arrojaron el siguiente resultado:

Informe de Comisión de Economía

Umbral conjunto	Umbral individual		
	US\$ 10 millones	US\$ 14 millones	US\$ 21 millones
US\$ 63 millones	60	55	49
US\$ 83 millones	58	53	48
US\$ 109 millones	56	52	46

La tabla muestra los extremos del intervalo de confianza al 90% tanto para el umbral conjunto como para el individual, variando las notificaciones anuales, en los casos extremos, entre 46 y 60.

Ahora bien, tratándose de operaciones que no superen los umbrales que generarían la obligación de notificarlas a la FNE, éstas igualmente podrán ser notificadas en forma voluntaria por los agentes económicos que proyectan concentrarse. Por su parte, respecto de estas mismas operaciones, cuando no hayan sido notificadas voluntariamente a la FNE, esta podrá, dentro del plazo de un año contado desde el perfeccionamiento de la operación, instruir las investigaciones que estime procedentes. Esta facultad de revisión es especialmente relevante para el caso de países que migran hacia un sistema de control preventivo y obligatorio, ya que permite mitigar el riesgo de una fijación de los umbrales en una cifra superior a la óptima (en Brasil, México y Canadá también se contempla el plazo de un año para este mecanismo de control ex post).

Destacó el señor Ministro el establecimiento de un procedimiento eficiente, transparente, previsible y colaborativo para el análisis de las operaciones de concentración; un procedimiento con reglas claras, que permitirá que el control se desarrolle en forma fluida, pudiendo los agentes económicos conocer oportunamente los requerimientos de la autoridad y colaborar en el esclarecimiento de las dudas que puedan tenerse acerca de la existencia de riesgos anticompetitivos. Explicó que se propone radicar este procedimiento en la FNE, dado que la determinación de los riesgos y eficiencias asociados a una operación de concentración requiere de un acceso ágil y flexible a la información del mercado en que ella incide. En todo caso, terceros distintos de los agentes económicos que sean parte en la operación no podrán efectuar notificaciones, ni llevar a cabo acciones estratégicas que tengan por objeto paralizar una operación de concentración, sin perjuicio de su derecho de aportar antecedentes a la investigación que lleve a cabo la FNE.

Han surgido críticas respecto de la aprobación de una operación de concentración con condiciones, en el sentido de que las empresas involucradas no tendrían la posibilidad de apelar contra esa resolución al TDLC, lo cual parece del todo obvio, pues si los partícipes aceptan las condiciones que ellos mismos han propuesto, no tendrían motivo para impugnar la decisión.

En cualquier caso, si la FNE no resuelve dentro del plazo que corresponda, se entenderá que la operación ha sido aprobada.

Ahora bien, el análisis de fusiones es uno de los tópicos más complejos y técnicos desde un punto de vista económico. En consecuencia, la propuesta del Ejecutivo pone a cargo de un organismo experto, la FNE, el análisis y resolución de las mismas. Y en caso de que una empresa se vea afectada por la decisión de la FNE, podrá reclamar ante el TDLC, un tribunal también experto, para que se revise la resolución. Con ello, se dan plenas garantías de debido proceso y acceso a la justicia, y se asegura una consistencia y coherencia de las decisiones. En contra de la sentencia que emita el TDLC no procederá recurso alguno, quedando la intervención de la Corte Suprema limitada al recurso de queja, que opera en forma excepcional para el caso de que el TDLC cometa faltas o abusos graves.

Destacó enseguida el Ministro que la propuesta del Ejecutivo contempla un estándar sustantivo específico y diferenciado en virtud del cual las operaciones de concentración serán analizadas y que deberá aplicarse al momento de resolver acerca de ellas. Dicho estándar consiste en la "reducción sustancial de la competencia", que es el que utilizan las jurisdicciones más desarrolladas en materia de control de fusiones y es más riguroso que el que "tiende a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia", contemplado en el artículo 3° de nuestra Ley de Defensa de la Libre Competencia. Este estándar se corresponde con el hecho de que en la revisión de operaciones de concentración debe efectuarse un análisis equilibrado que evalúe tanto eficiencias pro-

Informe de Comisión de Economía

competitivas como riesgos anticompetitivos.

Por otra parte, destacó la presencia de herramientas de aplicación y sanciones adecuadas para garantizar la eficacia del régimen de control de operaciones de concentración propuesto. Así, ante la infracción del deber de notificación, podrá aplicarse una multa de hasta 20 UTA (\$ 10 millones) por cada día de retardo, contado desde el perfeccionamiento de la operación de concentración y, eventualmente, otras sanciones y medidas (ej.: multas, desinversión, etcétera) a quienes contravengan el deber de suspensión de una operación de concentración que ha sido notificada a la FNE; no den cumplimiento a las medidas de mitigación de riesgos anticompetitivos con que se hubiere aprobado una operación de concentración, o perfeccionen una operación de concentración en contra de lo dispuesto en la resolución o sentencia que la hubiere prohibido.

En otro orden de materias, la iniciativa gubernamental propone mejoras a la institucionalidad de defensa de la libre competencia, en los siguientes aspectos:

1. Nueva facultad de la FNE para realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados. Esto es de la mayor importancia para una economía como la chilena, con grandes necesidades de generar ganancias de productividad y crecimiento. Se trata de velar por que los mercados operen con altos niveles de competencia, de manera tal de estimular la innovación y, con ello, la generación de ganancias en productividad que sean traspasadas finalmente a los consumidores.
2. Traspaso de la facultad de efectuar recomendaciones de modificación normativa desde el TDLC a la FNE. Ello es consistente con facultad de realizar estudios a que se refiere el numeral anterior.
3. Aplicación de las acciones para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, contenidas en la LPDC.
4. Sanciones para quienes entorpezcan las investigaciones de la FNE.
5. Ejercicio de funciones por parte de los Ministros del TDLC.
6. Otras modificaciones que se especifican más adelante.

En cuanto a lo primero, cabe señalar que hoy la FNE carece de la atribución con que cuentan las agencias de defensa de la libre competencia más desarrolladas del mundo, consistente en efectuar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados. Ello provoca dificultades para que la FNE adopte medidas para solucionar contingencias que afectan a los mercados, típicamente fallas de mercado o fallas regulatorias, en las que la causa no se debe necesariamente a una conducta anticompetitiva que sea necesario sancionar. De ahí la propuesta en comento, que está en línea con lo recomendado por la OCDE en su Informe sobre Estudios de Mercado de 2015.

En lo que atañe a la segunda medida, se propone trasladar a la FNE la facultad de proponer al Ejecutivo la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales y reglamentarios necesarios para fomentar la competencia, lo cual permitirá a la FNE darle un curso más eficiente y expedito a tales propuestas, que se encontrarán debidamente fundadas en los estudios sobre la evolución competitiva de los mercados que lleve a cabo dicho organismo.

En cuanto a la aplicación de las acciones para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, se recoge lo propuesto por diversas mociones parlamentarias, en orden a garantizar adecuadamente la posibilidad de que los consumidores afectados por ilícitos anticompetitivos puedan ejercer acciones indemnizatorias. El objetivo es hacer frente a los altos costos de transacción que significaría a los consumidores individualmente considerados demandar los perjuicios sufridos por un cartel.

Respecto de quienes entorpezcan las investigaciones de la FNE, hoy no existen sanciones efectivas asociadas a esa conducta, razón por la cual se propone aplicar las siguientes:

- Penas de presidio menor en sus grados mínimo a medio (61 días a 3 años) para quienes proporcionen información falsa en el contexto de una investigación;
- Multas de 1 UTM a 1 UTA para aquellos investigados que injustificadamente no respondan o respondan sólo parcialmente a las solicitudes de información efectuadas por la Fiscalía, además de una multa de 0,2 UTM por cada

Informe de Comisión de Economía

día de atraso, y

- Multas de 1 UTM a 1 UTA para quienes injustificadamente no comparezcan a declarar.

Las penas de presidio serán impuestas por la justicia penal, en tanto que las multas serán aplicadas por el TDLC.

Sobre los Ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el contexto de dar una señal de fortalecimiento de la institucionalidad encargada de velar por el funcionamiento del sistema, al Ejecutivo le ha parecido esencial consagrar el principio de dedicación exclusiva de los titulares de dicho tribunal, propuesto muchas veces en diversas mociones parlamentarias. Por otra parte, atendido el régimen de dedicación exclusiva que se propone para los ministros titulares del tribunal, resulta necesario ajustar las normas sobre incompatibilidades, que sólo regirán para los ministros suplentes con dedicación parcial.

Por último, se proponen modificaciones a la potestad consultiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la cual no aplicará a operaciones de concentración y sólo podrá ser ejercida a través de consultas de la FNE o de quienes sean parte en el acto o contrato.

Asimismo, se establece la imprescriptibilidad de aquellas medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar un atentado a la libre competencia, por estimarse que, de lo contrario, se avalarían incumplimientos a las decisiones del TDLC y atentados a la libre competencia (ej.: obligación de desinversión de activos o remover una cláusula anticompetitiva de un contrato).

Además, se hace procedente el recurso de reclamación en contra de los informes emitidos por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a fin de propiciar la posibilidad de revisión por la Corte Suprema, garantizando el debido proceso.

Finalmente, se aumentan los derechos para los investigados por la Fiscalía Nacional Económica (acceso al expediente de la investigación que se siga en su contra, sin perjuicio de aquellas piezas declaradas reservadas o confidenciales); se regula el procedimiento de reclamo contemplado para el ejercicio ilegal de las facultades especiales de investigación para ilícitos de colusión, a fin de impedir su instrumentalización para paralizar o dilatar el proceso principal ante el TDLC; y se otorga eficacia a los acuerdos extrajudiciales respecto de terceros, con el objeto de fomentar el uso de esta herramienta de solución de conflictos anticompetitivos en el marco de las investigaciones de la FNE.

Intervinieron los diputados señores Kast, don Felipe; Espejo, Bellolio, Tuma y Van Rysselberghe, quienes plantearon, entre otras, las siguientes observaciones, interrogantes e inquietudes:

- Los umbrales que hacen obligatorio el control de operaciones de concentración debiera ser diferenciado para las empresas que operan en mercados transables, pues los efectos de una fusión para la libre competencia y para los derechos de los consumidores pueden ser completamente distintos a los que se producen en mercados no transables.
- Es positivo que sea la FNE la que pueda aplicar el mecanismo de la delación compensada, pero se debe cuidar que, junto con quedar exento de responsabilidad penal, quien se acoja a ella no pierda los beneficios económicos que hoy tiene aparejada esta figura (rebaja o exención de multas y otros), para no desincentivar la denuncia.
- Sería conveniente especificar en la ley algunos parámetros básicos para la determinación reglamentaria de los umbrales en materia de control de fusiones, a fin de evitar alguna objeción de tipo constitucional.
- Resulta necesario establecer algún criterio objetivo que obligue a la FNE a iniciar la acción penal en ciertos casos.
- Se debiera facultar al TDLC para determinar y adjudicar daños y perjuicios.
- Debiera forzarse a la autoridad a responder fundadamente a las recomendaciones normativas que efectúe la FNE.
- Es necesario clarificar la relación que habrá entre la FNE y el Ministerio Público, dado que la primera podrá recurrir discrecionalmente al TDLC en lugar (o además) de formular querrela criminal por el delito de colusión.
- El umbral de \$ 14 millones en ventas parece bajo. Falta saber cuál es el promedio de ventas anuales de las

Informe de Comisión de Economía

últimas empresas que se han fusionado y que han pasado por la FNE, distinguiendo la industria en la que ellas operan porque los montos pueden ser muy distintos de un sector a otro, lo que será relevante para determinar cuántas fusiones quedarán sujetas al control obligatorio de la FNE y qué capacidad tendrá esta para efectuarlo.

- La multa por colusión en la Unión Europea es el equivalente al 30% de las ventas relevantes de los infractores con tope de 10% de las ventas totales. En el proyecto se establece como alternativa al doble del beneficio económico una multa equivalente al 30% de las ventas totales.

- Algunos senadores han solicitado al Ejecutivo retirar el proyecto en análisis porque ellos están tramitando otro sobre las mismas materias. ¿Cómo se va a proceder al respecto?

- Las multas por colusión podrían hacer desaparecer una empresa, reduciendo el número de competidores en un mercado, lo que además de afectar eventualmente el abastecimiento de ciertos bienes tendría consecuencias negativas para los trabajadores. ¿Habría posibilidad de intervenir esa empresa para darle continuidad?

- Dependiendo del número de involucrados en una operación de concentración, convendría en ciertos casos extender los beneficios de la delación compensada a otros infractores que pudieran aportar mayores antecedentes a la FNE.

- En Chile, hay sectores donde no solo no hay competencia, sino que hay monopolios establecidos, como ocurre en materia de transporte. Aplicar allí el sistema de control de fusiones no mejoraría la situación, por lo que habría que buscar otra fórmula.

- El monopolio legal más grande del país es el Estado y no se han podido resolver los problemas de ineficiencia ni de relaciones con los usuarios que este registra. Hay organismos que no responden a tiempo los requerimientos de los ciudadanos y el silencio administrativo que se contempla en el proyecto es impracticable, por ejemplo, cuando una municipalidad no otorga oportunamente un permiso de edificación. Habría que incluir en esta u otra iniciativa normas para resolver esas situaciones.

- De los informes que inspiraron la elaboración del proyecto (Comisión Asesora Presidencial año 2012, OCDE 2014 y OCDE 2015), ¿cuál de ellos pesó más?

- ¿Cuáles fueron los argumentos esgrimidos en su momento por el Ejecutivo para eliminar el tipo penal de colusión existente hasta el año 2003?

El Ministro de Economía, Fomento y Turismo respondió que, si bien se podrían establecer distintos umbrales para el control de fusiones, dependiendo de las características del mercado de que se trate, lo cierto es que la OCDE plantea que los umbrales diferenciados tienden a generar mayor incertidumbre. Luego, entendiendo que un umbral genérico podría no ser relevante en un mercado en términos de afectar la libre competencia, lo que se propone es que la FNE pueda analizar rápidamente una operación de concentración para descartar o administrar el riesgo anticompetitivo que ella plantea. Coincidió, en todo caso, en la necesidad de debatir acerca de los parámetros mínimos que debiera contemplar la ley para la determinación de los umbrales que harían procedente el control obligatorio de tales operaciones.

Respecto de la delación compensada, sostuvo que ella comprende no solo la exención penal, sino también los beneficios económicos.

Sobre la posibilidad de que el TDLC sea facultado para adjudicar daños, se mostró abierto a discutir el tema, en cuanto tiende a fortalecer principios básicos relacionados con la defensa de los derechos de los consumidores.

Igualmente, se manifestó partidario de abrir un debate en torno a la necesidad de que las recomendaciones normativas de la FNE tengan una respuesta concreta por parte de la autoridad que las reciba. Enfatizó la conveniencia de que la Fiscalía cuente con información para hacer buenos estudios de mercado, para lo cual debe contar con atribuciones para obtenerla, de modo que también pueda hacer buenas proposiciones regulatorias.

Le pareció extremadamente relevante dejar claramente establecido que el ejercicio de la acción penal por el delito de colusión requiere de una querrela por parte de la FNE y no de una mera denuncia, como plantean algunas mociones senatoriales, por tratarse de situaciones que importan un juicio técnico muy elevado. Por lo mismo, el Ministerio Público no podría iniciar de oficio la investigación, ya que ello generaría gran incertidumbre respecto del

Informe de Comisión de Economía

funcionamiento del sistema en su conjunto.

En lo que atañe a las multas, reconoció que en el caso de la Unión Europea el 30% de las ventas se refiere a los productos involucrados en la colusión y que el tope de 10% se refiere a las ventas totales, incluidas las efectuadas a nivel internacional, por lo que se trata de un límite bastante elevado. Comenta un estudio que concluye que los carteles en Estados Unidos han causado daños equivalentes al 30 a 50 por ciento de las ventas (de un determinado producto) y entre el 22 y el 25 por ciento de las ventas del comercio (sic), por lo que la sanción propuesta en el proyecto resulta --en su opinión-- razonable.

Refiriéndose a la posibilidad de que la imposición de una multa por colusión acarree la desaparición de una empresa, poniéndose así en riesgo la competencia en un mercado, señaló que este es un elemento que tendrá que analizar el TDLC al aplicar las sanciones que corresponda, pero el riesgo que esa empresa tenga de salir del mercado es también parte del arsenal necesario para combatir efectivamente la colusión.

En cuanto a la delación compensada, planteó que lo importante como incentivo para desbaratar carteles es la carrera entre los involucrados por ser el primero en delatar y premiar también al segundo le quitaría efectividad al mecanismo.

Sobre la operatoria de la sanción penal de la colusión previa al año 2003, cree que el análisis que se ha hecho es incompleto en el sentido de que la FNE no contaba con las facultades necesarias para hacerla efectiva. Más allá de si existía o no el convencimiento de que la pena de cárcel era un elemento eficaz para disuadir conductas anticompetitivas, lo que había era la necesidad de avanzar por la vía del fortalecimiento de la institucionalidad, que fue el camino que siguió entonces el Ejecutivo, de modo de generar condiciones para enfrentar esas conductas. Pero hoy, que se ha avanzado en esa área después de la creación del TDLC y de dotar a la FNE de nuevas herramientas para detectar carteles, se abre la oportunidad para introducir otras modificaciones que permitan potenciar los mecanismos disponibles, penalizando nuevamente tales operaciones.

Respecto de los estudios realizados antes de elaborar el proyecto, afirmó que gran parte de los tópicos planteados por la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia del año 2012 están recogidos en la iniciativa en debate. Tal es el caso del aumento de las multas o las inhabilidades. Sobre la penalización de la colusión hubo visiones dispares, pero el Ejecutivo la considera necesaria para disuadir ese tipo de conductas. También esa comisión habló de la necesidad de aclarar los términos de la delación compensada para dar certeza respecto de los beneficios a que se puede acoger el delator. Y en caso que se decidiera penalizar la colusión, planteó la conveniencia de que fuera la FNE la que gatillara el ejercicio de la acción y no otra institución. Finalmente, en cuanto a las fusiones, la citada comisión planteó la necesidad de generar un marco normativo con mucha más certeza, transparencia y predictibilidad que el existente.

Intervinieron los diputados señores Poblete y Núñez, don Daniel, quienes formularon diversas preguntas a lo que el Ministro señaló que las operaciones de concentración de empresas, como la fusión entre DyS y Falabella o la compra de Cine Hoyts por Chile Films, deberán ser analizadas por la FNE para ver si afectan o no la competencia en un mercado y, dependiendo del resultado de esa evaluación, podrá aprobar, prohibir o autorizar con condiciones la operación.

En cuanto a las notificaciones, ellas serán obligatorias cuando las empresas que pretendan fusionarse superen ciertos umbrales de ventas anuales y la resolución de la FNE al respecto tendrá que evacuarse en un plazo de hasta 25 ó 90 días según las circunstancias.

Por último, si hubiera operaciones de concentración no sujetas a control preventivo obligatorio, la Fiscalía tendrá hasta un año de plazo para estudiar sus posibles efectos anticompetitivos, no obstante que las empresas involucradas no superen los umbrales de ventas que las obliguen a notificar la fusión.

El señor Felipe Irarrázabal, Fiscal Nacional Económico, explicó que el modelo actual de defensa de la libre competencia en Chile tiene su origen en una ley del año 1959, la más antigua en Latinoamérica sobre la materia, que sufrió grandes modificaciones en 1973 (decreto ley N° 211), pero el sistema vigente adquiere notoriedad a partir de 1999, con la ley N° 19.610, que fortalece las atribuciones, el carácter técnico y la independencia de la FNE, creada en 1963, y fundamentalmente desde 2004 en adelante, con la creación del TDLC y el otorgamiento de facultades intrusivas a la Fiscalía en 2009, tales como las de allanamiento e interceptaciones telefónicas.

Informe de Comisión de Economía

En la actualidad, el modelo se caracteriza por la existencia de tres órganos: la FNE, el TDLC y la Corte Suprema, lo cual es una excentricidad jurídica en el mundo, ya que normalmente existe en otros países una especie de superintendencia, que tiene un departamento que investiga, para que luego un órgano colegiado tome una decisión. En Chile, lo que es muy bueno para garantizar el debido proceso, hay una Fiscalía que investiga y que emite una opinión, debiendo posteriormente convencer al TDLC, que está compuesto también excepcionalmente por dos economistas, a través de un procedimiento judicial, de que está en lo correcto para que este tome la decisión final, supervisado por un tribunal ordinario no especializado que ha sido muy expedito en la revisión de sus resoluciones.

Destacó que la misión de la FNE es defender y promover la libre competencia en todos los mercados o sectores productivos de la economía chilena. En este sentido, no tiene restricciones como en otros países, donde normalmente hay un principio de deferencia en relación con los organismos sectoriales, como ocurre en Estados Unidos con el mercado financiero o la agricultura. Su rol no se relaciona directamente con la creación de empleos ni con políticas de subsidio, lo cual quiere decir que podría haber decisiones en pro de los consumidores que pudiesen dañar a las empresas involucradas en prácticas anticompetitivas, lo que no es una preocupación de la FNE.

Planteó, por otra parte, que las infracciones a la libre competencia perforan la economía de mercado porque la gente comienza a desconfiar de ella si los actores hacen trampa, y cartelizarse es una trampa que implica abusar de los consumidores más allá de la crueldad normal de una economía de mercado. La solución para ello es que sea el Estado el que proteja la libre competencia, lo cual resulta paradójico puesto que la economía de mercado está fundada en el emprendimiento privado, pero la autorregulación claramente no es suficiente, especialmente, cuando hay quienes hacen uso ilegítimo de la libertad que les otorga el sistema de ejercicio empresarial.

En seguida, mostró cifras que dicen relación con el desempeño de la FNE, destacando que desde 2010 a la fecha ha disminuido la duración de las investigaciones; se han multiplicado las acciones realizadas y los productos obtenidos (requerimientos, consultas, acuerdos extrajudiciales, conciliaciones, avenimientos, resoluciones, etcétera); ha mejorado la eficiencia (investigaciones versus acciones concretas resultantes de ellas), y aumentado el monto de las multas aplicadas, llegando en ciertos casos hasta los US\$ 100 millones.

Agregó que el informe de la OCDE sobre esta materia se basó, entre otras cosas, en entrevistas con los principales abogados chilenos especializados en operaciones de concentración, logrando así tener un conocimiento vivencial del funcionamiento del sistema nacional. Como resultado de ello, el organismo internacional detectó que el actual régimen de control de operaciones de concentración carece de transparencia, seguridad jurídica y predictibilidad; que no hay disposiciones legales específicas para el control de concentraciones, como tampoco criterios jurisdiccionales claros al respecto, y que el control está sujeto a procedimientos generales antimonopolios que no fueron diseñados para esos fines.

Para solucionar el problema, la OCDE plantea que el control de concentraciones debe estar incluido en la Ley de Defensa de la Libre Competencia de Chile y formar parte de su política de (protección de la) competencia, para lo cual nuestro país debe establecer una delimitación certera del ámbito de control sobre operaciones de concentración, definiendo cuáles de ellas estarán sujetas a control e incorporando un sistema claro de notificación, basado en umbrales. Añadió que el procedimiento debe ser eficiente, transparente, previsible y colaborativo, y que debe darse principalmente frente a la FNE.

Al respecto, planteó el Fiscal que los umbrales deben ser razonables, esto es, ni muy bajos ni muy altos, pues conoce la experiencia de Brasil, donde ocurrió lo primero y el regulador se llenó de consultas que no pudo resolver dentro de los plazos establecidos, lo cual lleva a la deslegitimación del sistema. Estimó además, que las resoluciones de la FNE deben ser revisadas por una instancia superior (el TDLC) cuando no haya acuerdo a su respecto y que debe operar en el procedimiento de control el silencio administrativo positivo para que este sea ágil y eficaz.

Con respecto a las sanciones en caso de incumplimiento de la obligación de notificar una operación, señaló que el proyecto propone una multa de hasta 20 UTA (poco más de \$ 10 millones) por cada día de retardo en la notificación, contados desde el perfeccionamiento de la operación de concentración; y se contemplan otras medidas y sanciones (incluyendo multas y desinversión), para aquellos casos en que los agentes económicos no suspendan una operación que ha sido notificada a la FNE o incumplan las medidas dispuestas.

Informe de Comisión de Economía

En lo que atañe a las multas, explicó que la FNE encargó un estudio a académicos de la University College London, entre los cuales estuvo el Presidente de la OCDE en materia de competencia, sobre el grado de disuasión de las sanciones vigentes en Chile para el combate de la colusión. El estudio es bastante descriptivo y contiene un análisis comparado del sistema chileno con los de Estados Unidos, Inglaterra, Alemania y Francia, así como algunas recomendaciones y un resumen ejecutivo. En él se concluye que en Chile las multas no son disuasivas, que hay que modificar el sistema y que el primer paso debe ser eliminar el tope.

Comentó que organismos internacionales como el Departamento de Justicia de Estados Unidos y su Antitrust Division, que tiene una batería de acciones y miles de abogados a su disposición registran una tasa de probabilidades de detección de carteles del 25% y otros países con experiencia en la materia tienen tasas de 1/5 a 1/6 en promedio, siendo los carteles más exitosos los más difíciles de detectar.

El proyecto del Ejecutivo propone dotar a la FNE de la facultad de realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados, para lo cual podrá recabar información tanto de particulares como de instituciones públicas y traspasar a la FNE la facultad que hoy tiene el TDLC de efectuar recomendaciones de modificación normativa. Consultado al efecto, el Fiscal opinó que estas recomendaciones no debieran ser vinculantes porque hay mercados en los que puede haber necesidad de priorizar políticas distintas por parte de los reguladores sectoriales y no sería conveniente que la FNE se impusiera a todos ellos, pero sería útil saber por qué han fijado esas prioridades.

Con respecto a los carteles, señaló que estos son lo peor (para la economía de mercado), pues buscan la ganancia fácil, los coludidos logran un sobreprecio sustantivo y el hombre de negocios considera entre sus variables el costo de incumplir la ley (analiza el posible beneficio en relación con la sanción y la probabilidad de detección). Según estudios efectuados en Estados Unidos, los beneficios de formar un cartel serían entre 17 y 50 por ciento superiores a los que se obtendrían en un ámbito de libre competencia. De ahí la necesidad de hacer que sea un mal negocio infringir la ley.

En el caso de Chile, existe la posibilidad de modificar contratos, disolver entidades y aplicar multas que, tratándose de carteles, pueden alcanzar las 30.000 UTA y, en otros casos, hasta 20.000 UTA, sin perjuicio de otras medidas auxiliares. La determinación de las multas debe tener en cuenta el beneficio económico del infractor, la gravedad de la infracción, la reincidencia, la colaboración ante la FNE y otras consideraciones. Por otra parte, está por verse si en el caso de la colusión de las farmacias procede no o aplicar el artículo 285 del Código Penal, que nunca ha fundado una sentencia en Chile desde que fue dictado en 1874.

Al efecto, el proyecto propone fortalecer la delación compensada; aplicar multas equivalentes al doble del beneficio o al 30% de las ventas y penas de cárcel para los carteles duros, e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos. Advierte el Fiscal que sin la delación compensada la posibilidad de detectar y desbaratar un cartel es muy remota y hay que ser muy valiente para formular una acusación si se llega a descubrir, debido a la dificultad de obtener las pruebas que permitan fundarla. Además, se propone establecer una prohibición para contratar con el Estado, tipificar como delito el hecho de proporcionar información falsa, imponer multas por entregar información incompleta y posibilitar el ejercicio de acciones de clase. En Estados Unidos, el 39% de las sentencias relacionadas con casos de colusión se basan en el perjurio, esto es, el suministro de información falsa. Del mismo modo, el Fiscal sostuvo que mentirle a la autoridad debe tener una sanción en nuestro país y eso lo recoge el proyecto, lo que resulta clave para obtener buena información de la delación compensada. Acotó que las acciones de clase no incluirían el triple daño como ocurre en Estados Unidos, porque se podría decir que es un tanto desproporcionado y ha creado en ese país una industria del litigio que es imparable.

Intervinieron los diputados señores Farcas, Bellolio, Espejo y Tuma.

Respondiendo a sus consultas e inquietudes, señaló el señor Fiscal que lo más relevante del proyecto en debate es el control de fusiones. Sin embargo, compartió en general la propuesta del Gobierno sobre la materia y destacó que es sano delegar la facultad de establecer cifras concretas al respecto en el Ministerio de Economía o en el Banco Central, para darle flexibilidad al sistema.

Sobre la restricción establecida para evitar que las asociaciones gremiales puedan trancar una operación de concentración, consideró, basado en experiencias pasadas, que no es sano darles esa atribución, especialmente en atención a la fragilidad de muchas de ellas, que tienen un origen muy reciente y un financiamiento muy precario. Afirmó que sería un exceso dotarlas de esa facultad, pero consideró positivo que existan, aunque la capacidad de contribuir a que se fortalezcan está más bien en el ámbito de competencia del Sernac y no de la FNE.

Informe de Comisión de Economía

Lo anterior es sin perjuicio de que puedan perseguir indemnizaciones a través de acciones colectivas o de clase, y la FNE no ve que esto pueda transformarse en un negocio ya que compensar a quienes han resultado efectivamente dañados por una conducta anticompetitiva parece del todo razonable. Respecto de la posibilidad de que el TDLC o la Fiscalía desarrollen un proceso de determinación de los perjuicios, planteó que sería imponerles una carga que no está en la naturaleza de ninguno de esos organismos y que hay que confiar en el rol que los tribunales ordinarios de justicia puedan desempeñar en esta materia.

En cuanto a la posibilidad de que las sanciones aplicadas a un caso de colusión provoquen la quiebra de una empresa y de que con ello se afecte la competencia en un mercado, sostuvo que a la FNE no le gusta que desaparezcan actores del mercado, pero tampoco puede aceptar que lo integre cualquiera: debe tratarse de empresas eficientes, que sepan que coludirse es jugar con fuego, y hay en la ley vigente dos mecanismos que inhibirían ese efecto. Uno de ellos es la delación compensada, que permitiría a una empresa infractora evitar una sanción que pudiera comprometer su subsistencia, aportando antecedentes sobre el caso. El otro es la posibilidad contemplada en el artículo 26 de que, si la empresa no puede pagar la sanción pecuniaria impuesta, respondan por ella sus directores o administradores y quienes se hayan beneficiado del acto. Además, las empresas son resistentes, especialmente si tienen una marca consagrada en el mercado y no la van a perder tan fácilmente. A lo sumo, se venderán a un precio inferior al normal, pero la posibilidad de que desaparezcan parece un argumento más teórico que práctico, pues lo que se quiere es hacerles ver que se les podría aplicar una sanción severa. Por último, señaló que las sanciones deben ser suficientemente disuasivas, pero también proporcionales, y elevarlas demasiado las haría inaplicables por los jueces o impugnables por los afectados.

En relación con la mayor o menor extensión del tipo penal de colusión, que podría en el primer caso llevar a las empresas a hacer arbitraje para no caer en la conducta delictiva, pero situándose muy cerca de ella, o en el segundo a constituir prácticamente una ley penal en blanco, postuló que se debe ser humilde y mirar la experiencia de Estados Unidos, que con una descripción más bien abstracta ha logrado encarcelar a más de 300 personas, siendo un país muy garantista. Se podría entonces redactar un tipo que satisfaga la exigencia normativa, porque la experiencia ya existe.

Reconoció que el tema de los procedimientos cruzados entre el Ministerio Público y la FNE "hace ruido", por lo que habría que revisar bien el tema, ya que el sistema penal tiene principios superiores que exigen un estándar probatorio más estricto. En cambio, el TDLC puede condenar en base a ciertos valores y a la experiencia, aunque haya una duda razonable, y los investigados no tienen derecho a guardar silencio.

Sobre la posibilidad de que la aplicación de una multa por colusión provoque la muerte de una empresa, advirtió que el 30% de las ventas es un tope razonable y que habrá que regular la sanción para evitar que empeore la falta de competencia en los mercados. La idea es que las empresas infractoras pasen susto, pero es difícil que vayan a perder su marca o sus canales de distribución por esta circunstancia, y la solución es que se delaten para evitar otras consecuencias.

Manifestó que las asociaciones gremiales son muy incipientes en Chile, por lo que hay que tener cuidado en darles muchas atribuciones, ya que tampoco se sabe bien quien puede estar detrás de una acción concreta. Por lo demás, la posibilidad de que ellas puedan impulsar acciones de clase es un modelo norteamericano, que en Europa no existe, ya que aquí recién se está estudiando la posibilidad de indemnizar a los consumidores (por prácticas anticompetitivas). De ahí que se entregue esta facultad a un órgano que debe velar por el interés público, pues velar por un interés particular no es una cuestión infraccional en sí.

Respecto del riesgo reputacional que las investigaciones pueden significar para las empresas, señaló que esto es lo que en España se denomina "el costo del proceso". Es habitual que cuando se inicia una investigación el público considere culpable al investigado. Por eso es que la FNE nunca cuenta lo que está investigando, ni siquiera a la máxima autoridad del Ejecutivo, y cuando hay filtraciones es porque la prensa ha tenido acceso a algún oficio por el cual se requiere Información o porque los propios involucrados usan la estrategia de hacer público su caso.

En cuanto a la determinación de los umbrales para el control obligatorio de fusiones, afirmó que estos son relativamente fáciles de calcular tratándose de operaciones de concentración horizontales, pero más complejos en el caso de las fusiones verticales y mucho más si se trata de conglomerados, pues los grupos económicos son muy pocos en Chile y hay que tener mucho cuidado con "meterle un bastón a la rueda de la bicicleta".

En materia de recomendaciones, no consideró razonable que la FNE deba discutir con el TDLC su conveniencia

Informe de Comisión de Economía

porque eso las podría hacer infructuosas o inoportunas. En cambio, si la FNE es responsable en la ejecución de estudios de mercado, ello podría traducirse en unas pocas sugerencias para mejorar las cosas.

Defendió la conveniencia de que los umbrales sean fijados por medio de un reglamento y señaló que las leyes sobre libre competencia deben ser escuetas, dejando a la FNE y al TDLC la labor de darles sentido, por ser estas normas propias del Common Law, que es un derecho que se va formando a través de su aplicación judicial.

Finalmente, indicó que la FNE no requiere ser una institución demasiado grande para cumplir las tareas que la ley en proyecto le encomienda, pero necesitaría unos 15 funcionarios adicionales a los que actualmente posee para responder oportunamente a las notificaciones de fusiones y efectuar estudios de mercado serios y pertinentes.

El señor Tomás Menchaca, Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, aclaró, en primer lugar, que el TDLC se reunió un par de veces para analizar el proyecto en debate y que su intervención dará cuenta de los consensos, pero también de los disensos, alcanzados por sus integrantes sobre la materia.

Coincidió en que hay bastante convergencia entre los expertos en cuanto a que hay algunos aspectos en los que nuestra legislación sobre libre competencia es susceptible de perfeccionarse, así como en cuanto a que el sistema ha mejorado en los últimos años.

Afirmó que hay consenso en el tribunal en torno a la conveniencia de mejorar el sistema de multas, haciéndolas proporcionales al daño o a las ventas, o a algo que relacione la sanción con el tamaño de la empresa y la gravedad de la infracción, estableciendo un límite máximo que sea relativo probablemente a las ventas de la industria, en lo cual el proyecto está bien encaminado conceptualmente, aun cuando hará algunas precisiones en aspectos que preocupan al TDLC en general. También hay consenso en que es necesario establecer un sistema de control preventivo de operaciones de concentración, tal como lo recomendara recientemente la OCDE.

Sin embargo, hay varias cuestiones que preocupan al tribunal y que dicen relación con los riesgos, costos y dificultades que presenta esta iniciativa, tanto en lo referente a la penalización de los denominados carteles duros, con la fórmula destinada a calcular las multas máximas aplicables y con las definiciones vinculadas al control preventivo de fusiones, que se proponen en ella.

Recordó que desde 1959 hubo en Chile sanción penal para los carteles duros, la cual no se aplicó jamás; y cuando se derogó la norma el Ejecutivo adujo que todo tipo penal debe describir las conductas que sanciona de manera precisa (principio de tipicidad) y que era importante no introducir reglas que señalen per se las conductas que constituyen atentados contra la libre competencia, siendo aconsejable mantener una norma amplia con ejemplos básicos, enfoque que es incompatible con la existencia de una figura penal en la cual la especificación del tipo es un requisito ineludible. Como contrapartida, se estableció en la ley N° 19.911 un aumento importante de las multas, que ahora se propone razonablemente elevar otra vez, y sanciones a las personas naturales, a las que hoy se propone agregar sanciones adicionales como inhabilidades y otras.

Si bien la colusión es un ilícito muy grave, que ninguno de los cinco ministros titulares del TDLC duda de que merezca una sanción penal, ninguno de ellos consideró que fuera prudente incorporarla hoy. La razón de esto radica en el tipo de institucionalidad que tiene Chile y en la eficacia con que esta pueda actuar en la lucha contra los carteles, más que en una cuestión de principios. En lo personal, planteó el expositor que si él viviera en Estados Unidos sería partidario de la sanción penal, dado que ese país tiene el Departamento de Justicia, que es una agencia que persigue los carteles en forma extraordinariamente eficiente. Recordó que en Chile se quiso eliminar esta sanción para fortalecer el sistema administrativo, como ocurre en Europa, donde este aplica multas y existe un ente especializado capaz de juzgar las conductas colusorias.

Agregó que desde que se creó el TDLC hace diez años se han desbaratado más carteles que en toda la historia del sistema chileno de defensa de la libre competencia y no parece un síntoma de debilidad el hecho de que aparezcan carteles hoy, ya que estos siempre existieron, solo que ahora –incluso sin sanción penal– se han podido detectar y dismantelar con mucha más eficacia.

Lo anterior no significa que sea malo castigar la colusión con penas de cárcel, sino que hay ciertas dificultades jurídicas y prácticas que solucionar previamente y que al parecer no se solucionan en el proyecto, pues la descripción de los atentados a la libre competencia es incompleta, abierta y contraria a lo que debe ser la tipificación de un ilícito penal. Es imposible, por ejemplo, establecer un ilícito atentatorio contra la libre

Informe de Comisión de Economía

competencia sin hacer un análisis, por somero que sea, del mercado y sus características, ya que incluso puede haber casos de colusión que no producen ningún efecto anticompetitivo. A modo de ejemplo, señaló que la cadena McDonald's está formada por empresarios independientes que venden un mismo producto, a un mismo precio, bajo una franquicia. Si esto se viera en la justicia penal no especializada, podría confundirse con un cartel, cuando en realidad hay plena justificación económica para que así ocurra. Asimismo, si dos abogados se ponen de acuerdo para abrir un estudio en comunidad de techo cobrando el mismo honorario por hora, claramente no afectarán el mercado, como sí lo harían dos o tres grandes estudios jurídicos que procedieran de esa forma. En Estados Unidos, existe un criterio jurisprudencial denominado quick look, que permite hacer un análisis de mercado mucho más tenue en estos casos.

Recordó que el año 2009 se incorporó en la descripción de la figura de colusión la frase "que les confiera poder de mercado" para corregir un error que había hasta entonces en la ley, que aludía a quienes actuaran "abusando del poder que dichos acuerdos les confieran", la cual fue interpretada más restrictivamente aún por el TDLC al disponer que bastaba para sancionar que la conducta colusoria tuviera la aptitud causal de afectar el mercado. Hoy, se propone eliminar dicha frase, lo que no es grave, porque el inciso primero de la misma norma se refiere a "todo acto, hecho o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia", con lo cual sólo podrán ser sancionados los acuerdos que afecten este bien jurídico. Personalmente, dijo no ser partidario de suprimir la referida frase, pero otros ministros del tribunal no ven inconveniente en ello, pues éste podrá seguir usando los criterios técnicos que ha usado hasta ahora para resolver sobre la materia. Advirtió que un juez del crimen probablemente no procedería igual porque, además, en la descripción del tipo del artículo 286 bis propuesto no hay referencia a actos que afecten la libre competencia. Por tanto, el acuerdo de precios entre los dos abogados del ejemplo anterior podría terminar con ellos en la cárcel, pese a no haber causado efecto anticompetitivo.

Por otra parte, compartió la impresión de que, dada la forma como se está estructurando la sanción penal, que no es como antes, cuando había primero una decisión del TDLC y después el inicio de una acción criminal frente a una sentencia ya ejecutoriada, hay efectivamente riesgo de tener dos juicios paralelos y sentencias contradictorias sobre un mismo hecho, lo cual presenta problemas de certeza jurídica, ya que podría un tribunal sancionar y el otro no. De hecho, es muy probable que ello ocurra, no solo por la distinta especialidad de los jueces, sino también por los distintos estándares de prueba que se exigen en uno y otro caso, ya que el juez penal solo debe sancionar cuando se ha acreditado la conducta más allá de toda duda razonable, mientras que el TDLC puede castigar por vía de prueba indirecta, por vía de lo que en Estados Unidos denominan plus factors, que permiten acreditar la existencia de la colusión. Basado en su experiencia profesional y académica, estimó que cada vez será menos frecuente contar con pruebas fehacientes sobre la formación de un cartel, porque cada vez habrá más conciencia de su ilicitud y, más aún, si se establece una sanción penal, por lo que la prueba económica será cada vez más importante. Respecto de la posibilidad de que ambos tribunales condenen a los inculcados por colusión, señaló que esto se puede resolver, por ejemplo, estableciendo sanciones administrativas para las personas jurídicas y penales para las personas naturales.

Con todo, asumiendo que fuera posible coordinar la labor de las instituciones especializadas en materia de libre competencia con las de la justicia penal, hizo presente que los costos del sistema -tanto privados como para el Estado, de tener a gran parte del Ministerio Público dedicado a estas investigaciones- serían mayores. Además, al ser mayor el estándar de convicción necesario para aplicar penas privativas de libertad, lo más probable es que se terminen aplicando solo multas administrativas. Pero hay también un problema para el TDLC, y es que se le hará más difícil obtener pruebas porque va a haber hostilidad frente a las diligencias de investigación por parte de personas que temen autoincriminarse, ya que el derecho a no hacerlo está garantizado en sede penal, pero al no estarlo en sede administrativa y existir la posibilidad de un juicio criminal paralelo, tratarán de hacerlo valer también ante el TDLC.

Asimismo, existe el riesgo de afectar negativamente la delación compensada. Aunque el proyecto reconoce los efectos de esta para el primer delator, tanto en sede administrativa como penal, no está claro si la exención de responsabilidad alcanza a todos los ejecutivos de la empresa que se auto denuncia o sólo al que se delata, lo que sería necesario aclarar.

En lo que atañe a las multas, afirmó el expositor que hay también consenso a nivel de la crítica especializada y del TDLC en que resulta adecuado fijar un límite relativo proporcional en lugar del límite absoluto actualmente vigente. Sin embargo, personalmente sostiene que hay cierta confusión en torno a esta materia, pues se dice que la sanción aplicable en Europa a los casos de colusión es el equivalente al 30% de las ventas del cartel. En Europa la multa asciende al 30% de las ventas del comercio afectado, esto es, del producto en que los coludidos se pusieron

Informe de Comisión de Economía

de acuerdo, al que se aplican agravantes y atenuantes, y un tope global del 10% de las ventas totales, cosa que en el proyecto no queda clara. Destacó que el 30% de las ventas del comercio afectado parece una sanción razonable si se considera que el mayor beneficio obtenido producto de la colusión alcanza el 15%, pues aquella sería el doble de éste, pero en todo el mundo existe un tope global que en la ley en trámite se echa de menos. La importancia de esto es que la sanción puede ser mayor al 30% de las ventas al considerar las circunstancias agravantes, lo que puede llevar a la quiebra a la empresa involucrada, con lo cual disminuiría la competencia en el mercado.

Refiriéndose al control preventivo de operaciones de concentración, destacó que hay acuerdo general sobre la conveniencia de incorporarlo y que hay un informe de la OCDE que plantea dos alternativas al respecto. Reconoció que al interior del TDLC hay opiniones divergentes respecto de si ambas fases del procedimiento deben quedar a cargo de la FNE o si solo la primera debe tramitarla esta y la segunda el tribunal, siendo esta última la que más le agrada en lo personal. Con todo, hizo notar que en caso de llevarse todo el proceso ante la FNE, la OCDE recomienda que su resolución final sea reclamable ante el TDLC, lo que es muy importante porque de lo contrario será objeto de distintos recursos (jerárquico, amparo económico, protección, queja, etcétera), muchos de ellos ante órganos no especializados, que harán más compleja la litigación anticompetitiva.

Otro problema es la definición de los umbrales, ya que aunque parece razonable que estos sean determinados por la autoridad administrativa, sería más adecuado fijar en la ley los parámetros que debieran utilizarse para ello. Por ejemplo, en cuanto al procedimiento, que haya una instancia de consulta a actores relevantes como la FNE y el TDLC, entre otros, antes de tomar una decisión, y también una periodicidad mínima para la revisión de los umbrales ya establecidos, de modo que no puedan modificarse en cualquier momento. Además, estos umbrales debieran estar relacionados con las ventas de los agentes económicos que pretenden fusionarse, que son las que podrían implicar una restricción de la competencia, sin sumar las de los respectivos grupos empresariales como se propone en el proyecto, ya que podría tratarse no solo de una empresa multiproducto, en cuyo caso sí deberían sumarse sus ventas, sino de empresas no relacionadas entre sí, que actúan en distintos mercados.

También sugirió aclarar si el control obligatorio de fusiones será para las operaciones de concentración horizontal o también para las verticales y de conglomerados (empresas que actúan en mercados distintos), ya que actualmente todas ellas están sujetas a consulta obligatoria, aunque lo más razonable sería restringirlo a las primeras. De hecho, la FNE trata en su guía de fusiones de las operaciones horizontales y hay también un autoacordado del TDLC sobre ellas, por ser las más graves para la libre competencia, desde que dos empresas competidoras entre sí dejan de serlo; en cambio, si se fusionan dos empresas que están en mercados distintos, en general, producen muy poco efecto para la competencia, aun cuando excepcionalmente podrían producirlo. Pero justamente por eso el sistema que se propone contempla un control híbrido: consulta obligatoria a partir de ciertos umbrales -que debiera estar acotada a las fusiones horizontales- y consulta voluntaria o del Fiscal Nacional Económico en los demás casos, como existe para todas las operaciones de concentración en países con sistemas de derecho de la competencia mucho más avanzados, como es el caso de Australia.

En lo que respecta a las atribuciones del TDLC, se modifica el artículo 18, número 2, excluyendo las consultas sobre hechos, actos o contratos por terceros que no sean parte en los mismos, lo que parece totalmente razonable, sobre todo, desde el momento que se incorpora el control preventivo de operaciones de concentración en la ley. Pasa a ser casi innecesario este mecanismo de consulta para que la entidad que quiera celebrar o haya celebrado un contrato pueda consultarle al tribunal si ello es o no contrario a la libre competencia. Hay discrepancia en el seno del TDLC acerca de la conveniencia de que el Fiscal Nacional Económico pueda también consultar, lo que en la actualidad resulta razonable por ser el único mecanismo a través del cual pueden someterse a examen del tribunal operaciones de concentración que las partes no han querido notificar, pero siendo obligatorio el control en ciertos casos y teniendo la FNE la facultad de interponer demanda contra quienes se fusionen restringiendo la libre competencia, la única ventaja de mantenerlo es que las partes puedan obtener voluntariamente un pronunciamiento sobre la materia.

Finalmente, se refirió a algunos aspectos de tipo procesal y otros, sobre los cuales formula las siguientes observaciones:

- En el artículo 3° bis, se establecen sanciones por el incumplimiento de las condiciones que haya fijado la FNE para aprobar una fusión. No se ve ninguna razón para no incluir la posibilidad de usar ese mismo mecanismo cuando no se cumplan las condiciones fijadas por el TDLC en sus sentencias o resoluciones, sea en procesos contenciosos o no contenciosos.

Informe de Comisión de Economía

- Se introduce una pequeña modificación en materia de acuerdos extrajudiciales, disponiendo en el artículo 39 Ñ que las resoluciones que aprueben los acuerdos celebrados entre las partes y el Fiscal Nacional Económico serán vinculantes para quienes comparezcan a ellos, pero producirán efecto respecto de terceros en caso de que aprueben el acuerdo, lo cual parece contradictorio. Sugiere eliminar ambas expresiones, ya que ni siquiera las sentencias judiciales producen efecto erga omnes, pero si lo que se quiere resguardar es el efecto de cosa juzgada en un procedimiento sancionatorio administrativo, lo que se requiere es la doble identidad procesal (causa y objeto) y no la triple, como en materia civil. Es decir, si alguien denuncia una determinada infracción por parte de un actor del mercado y ella es sancionada, y otra persona denuncia la misma infracción por parte del mismo sujeto, habrá cosa juzgada y no se podrá sancionar nuevamente la misma conducta, aunque el denunciante sea distinto.

- En el artículo 20, se dice que la prescripción se aplica solo a las multas, eliminando sin posibilidad de alegarla respecto de las medidas impuestas por el tribunal. Esto tiene una lógica porque hay medidas que pueden ser permanentes, en cuyo caso la imprescriptibilidad se subentiende por aplicación de las reglas generales, pero hay medidas que pueden implicar dar, hacer o no hacer algo cuyo cumplimiento puede ser necesario demandar, las cuales debieran prescribir en caso de inactividad del interesado. Sugirió dejar la norma como está, pero incorporando la posibilidad de que las medidas y condiciones impuestas por el tribunal sean susceptibles del mismo procedimiento sancionatorio del artículo 3° bis, pues la acción para exigir la sanción es prescriptible, con lo cual se resolvería el problema.

V. DISCUSIÓN PARTICULAR DEL PROYECTO

Artículo primero

N° 1

Modifica la letra a) del artículo 3° del decreto ley N° 211, de 1973, en la forma que indica.

El Ejecutivo formuló una indicación para reemplazar el N° 1 del inciso segundo del artículo primero, por el siguiente:

1) Modifícase el artículo 3° del siguiente modo:

a) Reemplázase el literal a) por el siguiente:

“a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.”.

b) Agrégase el siguiente literal d), nuevo:

“d) La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos o de director en dos o más empresas competidoras entre sí.”.

La nueva letra a) tiene por objeto sancionar per se las prácticas y acuerdos colusorios en materia de precios, cuotas de producción o de mercado y licitaciones, como también aquellas prácticas y acuerdos expresos o tácitos, referidos a otras cuestiones, que restrinjan la libre competencia, siempre que confieran poder de mercado a los involucrados.

El diputado señor Bellolio, en consideración a que esta norma daría lugar a una sanción penal, sugirió trasladar la frase "confiriéndoles poder de mercado a los competidores" al inicio de la letra a) en comento, dado que los acuerdos de precios y otros pueden ser inocuos para la competencia dependiendo del grado de concentración de los mercados.

El Ministro de Economía señaló que los carteles duros, esto es, el solo hecho de concertarse para fijar precios, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado es una conducta manifiestamente anticompetitiva que en todo el mundo se castiga sin considerar el poder de mercado que pueda conferir a los coludidos. En ese sentido,

Informe de Comisión de Economía

lo que hace la indicación es eliminar una exigencia probatoria que es única en comparación con los sistemas de defensa de la libre competencia de otros países, pero en ningún caso ello implica rebajar el estándar de prueba en materia criminal, donde el poder de mercado que confieran la práctica o el acuerdo colusorio tendrá que ser considerado, entre otras evidencias, para acreditar la existencia del delito más allá de toda duda razonable. Por lo demás, la Corte Suprema, informando sobre la moción parlamentaria de los diputados señor Edwards y señora Molina, ha llamado la atención respecto de la configuración del ilícito de colusión, criticando la inclusión en ella del elemento "poder de mercado".

El diputado señor Chahin observó que en el proyecto original se suprimía completamente dicho elemento, reponiéndose ahora para ciertos casos distintos de los que constituyen carteles duros, lo cual podría acarrear problemas de interpretación acerca de su exigibilidad en estos. Advirtió una contradicción entre ambas propuestas gubernamentales.

El Ministro de Economía descartó que el Ejecutivo se esté contradiciendo en esta materia, pues siempre sostuvo que los carteles duros se deben sancionar per se. Pero tratándose de acuerdos o prácticas destinados a fijar condiciones de comercialización, como podría ser la distribución de películas en un formato determinado, ellos pueden incluso favorecer la libre competencia, por lo que no serán sancionados a menos que se pruebe lo contrario.

El Fiscal Nacional Económico insistió en que lo que hace la indicación es poner en línea la legislación chilena con la vigente en países desarrollados como Estados Unidos o las naciones europeas, donde la exigencia de probar que un cartel confiere poder de mercado causaría sorpresa a los expertos en derecho de la libre competencia. Esto proviene de la tradición jurídica norteamericana surgida de diversos fallos judiciales de principios del siglo XX, que consideraban esta conducta tan dañina para la economía de mercado, que imponían restricciones a las defensas que las partes podían hacer valer en relación con el poder de mercado que ella les podía haber conferido. Sin embargo, esto no significa que los imputados no puedan defenderse, ya que mientras a la FNE le bastará demostrar que hubo acuerdo o concertación previa en relación con el precio o la cantidad de un producto, los coludidos podrán demostrar que ello no produjo efectos para la competencia o que estos fueron menores, a fin de determinar el monto de la multa aplicable.

Siguiendo también la tradición americana y europea, se agregan a través de la indicación los acuerdos de comercialización y de exclusión de competidores, pero se da a las partes la posibilidad de probar que no han afectado la competencia, porque en este caso pueden tener defensas eficientes.

En cuanto a la ubicación de la norma, hizo presente que ella se contiene en el artículo 3°, inciso segundo, porque este último es el que permite a la FNE ejercer facultades intrusivas de interceptación telefónica y allanamiento, lo que no ocurriría si estuviera en el inciso primero.

El diputado señor Bellolio afirmó que un acuerdo de precios que no confiera poder de mercado no podrá considerarse colusión porque no tendrá efecto anticompetitivo, pero estimó que toda colusión merece ser sancionada y se muestra satisfecho con las explicaciones del Ejecutivo.

El diputado señor Kast, don Felipe, hizo presente su temor de que un acuerdo sobre condiciones de comercialización pueda ser sancionado como colusión, aun cuando su objetivo sea mejorar la calidad de un producto o favorecer de otra manera a los consumidores.

El Fiscal Nacional Económico acotó que justamente por eso se exigirá probar que este tipo de acuerdos confiere poder de mercado, ya que las partes pueden tener razones de eficiencia para imponer la observancia de ciertos estándares técnicos en la manufacturación de los productos que compran o venden, por ejemplo.

El diputado señor Tuma preguntó cuál sería la situación de dos empresas constructoras que, habiéndose puesto de acuerdo para adjudicarse una licitación, no lo logran debido a la gran cantidad de proponentes en competencia.

El Ministro de Economía insistió en que el solo hecho de ponerse de acuerdo para afectar los resultados de una licitación debe ser sancionado, independientemente de si ello tiene éxito o no.

El Fiscal Nacional Económico señaló que los ilícitos en materia de libre competencia conllevan una hipótesis de peligro que, aunque no se traduzcan en efectos concretos sobre los mercados, repercuten en el monto de las multas impuestas, que son la forma de hacer justicia respecto del bien jurídico afectado. En el caso consultado,

Informe de Comisión de Economía

observó que la norma exige que el acuerdo o práctica concertada consista en "afectar el resultado" de una licitación, por lo que en el propio lenguaje utilizado está incorporada la exigencia de que una afectación real sea la que justifique la sanción.

Puesta en votación la letra a) de la indicación del Ejecutivo, con el encabezado del artículo primero, fue aprobada unánimemente, con el voto conforme de los diputados señores Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Jarpa, don Carlos Abel; Kast, don Felipe; Lavín, don Joaquín; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín, y señora Fernández, doña Maya.

La letra b) de la indicación en comento tiene por objeto sancionar el denominado interlocking horizontal.

La diputada señora Fernández formuló una indicación para agregar al numeral 1 en comento el siguiente literal b), en reemplazo del propuesto por el Ejecutivo.

b) Agrégase el literal d) nuevo, siguiente:

"d) Las participaciones de una persona como director o ejecutivo en empresas competidoras o que estén verticalmente integradas."

Su objeto es sancionar también el llamado interlocking vertical.

Por su parte, el diputado señor Poblete formuló una indicación para incorporar la siguiente letra c) al artículo 3°, del siguiente tenor:

"c) La existencia de directores o administradores comunes entre competidores, o la participación social entre empresas competidoras, sea de manera directa o por intermedio de otras personas naturales o jurídicas, que les permita elegir o hacer elegir administradores o directores, califique como controlador o ejerza una influencia decisiva en la administración o gestión de la sociedad, en los términos de los artículos 97 y 99 de la Ley N° 18.045, de Mercado de Valores."

El diputado señor Bellolio opinó que la segunda indicación parlamentaria está mejor redactada que la del Ejecutivo, pues exige que la existencia de directores comunes produzca un resultado concreto, pero que debería estar en otro acápite del proyecto o, incluso, en otra ley.

El diputado señor Tuma consideró que el interlocking debiera estar prohibido entre grandes empresas, pero no cuando involucre a una de menor tamaño.

El diputado señor Chahin afirmó que la norma propuesta está bien ubicada porque permitiría a la FNE ejercer facultades intrusivas para develar el interlocking, pero estimó que la prohibición tiene sentido solo en mercados concentrados donde las pequeñas empresas normalmente no participan.

El Ministro de Economía estimó necesario controlar los vínculos establecidos entre empresas competidoras a través del interlocking horizontal, pero sostuvo que el vertical puede estar justificado por razones de eficiencia económica y, aunque comparte el espíritu de la indicación del diputado Poblete, observó que abarca muchas situaciones que el proyecto sujeta al control preventivo de fusiones, por lo que estarían suficientemente cubiertas.

El Fiscal Nacional Económico opinó que el interlocking debe estar regulado en el artículo 3° del decreto ley N° 211 porque puede ser la antesala de una conducta anticompetitiva. Enfatizó que el objetivo de la norma propuesta es prohibir que una misma persona natural ejerza el cargo de director en dos o más empresas competidoras al mismo tiempo, pero no que una misma empresa tenga directores nombrados por ella en dos o más competidoras, siempre que se trate de personas distintas. Por último, consideró innecesario prohibir el interlocking vertical porque en tales casos no hay competencia entre las empresas involucradas.

El diputado señor Bellolio sugirió finalmente dejar pendiente la disposición en comento y estudiar una nueva redacción de la misma siguiendo el modelo de la Clayton Act de Estados Unidos, que define el concepto de interlocking y establece límites de ventas y otras condiciones para determinar su ilicitud.

- Así se acordó.

Informe de Comisión de Economía

Posteriormente, el Ejecutivo propuso una nueva redacción para la letra d) del artículo 3° que se agrega por la letra b) de este numeral, la cual es del siguiente tenor:

b) Agrégase el siguiente literal d):

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

El Ministro de Economía explicó que la inclusión de un umbral de ingresos en la regulación del interlocking horizontal tiene por objeto eximir de su aplicación a las empresas de menor tamaño, según se definen éstas en el artículo 2° de la ley N° 20.416.

La diputada señora Fernández consideró inconveniente excluir de esta figura a las pequeñas y medianas empresas, pues ha habido casos de colusión entre algunas de ellas.

El diputado señor Bellolio recordó que el proyecto busca defender la libre competencia, la cual puede verse afectada por el interlocking en la medida en que éste se traduzca en colusión, pero advierte que dicha figura no es anticompetitiva per se, por lo que le parece razonable sancionarla sólo respecto de las grandes empresas, donde el riesgo es mayor.

El diputado señor Kast, don Felipe, supuso que el establecimiento del umbral tiene por objeto focalizar la prohibición del interlocking en aquellas empresas que tienen cierto poder de mercado.

El diputado señor Espejo consideró preferible eliminar el umbral y dejar que sea la FNE la que determine, caso a caso, si el interlocking resulta contrario a la libre competencia.

El diputado señor Farcas estuvo de acuerdo en fijar un umbral, sin perjuicio de que la FNE pueda someter a revisión los casos que queden fuera del mismo cuando lo estime necesario.

Los diputados señores Núñez, don Daniel, y Tuma compartieron la idea de fijar un umbral para excluir a las EMT de la prohibición de tener directores comunes, aunque el segundo considera discutibles las cifras de ventas conjuntas e individuales que el Ejecutivo ha adelantado.

El Ministro de Economía recordó que la propuesta inicial en esta materia era sancionar interlocking sin fijar límite alguno y que, a raíz del debate en esta Comisión, el Ejecutivo propone ahora poner una señal de alerta respecto de las grandes empresas, pero eso no significa que las de menor tamaño podrán hacer lo que quieran, porque está resguardado –a través de los demás instrumentos que contempla el proyecto– que ellas no puedan atentar contra la libre competencia.

El Fiscal Nacional Económico acotó que la norma propuesta no prohíbe que una empresa nombre directores en otra que sea su competidora, incluso aunque esos directores comunes sean parientes entre sí, sino que una misma persona natural integre el directorio de ambas. En cuanto a los casos que queden fuera del umbral, aclaró que de todas maneras podrán ser revisados en la medida que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o tiendan a producir esos efectos, como dispone el inciso primero del artículo 3° en enmienda.

El diputado señor Espejo observó que la sección 8 de la Clayton Act prohíbe la presencia de representantes de una compañía en otra de la competencia, aunque se trate de personas diferentes. Además, los umbrales que establece están determinados en función de la suma de los capitales de las empresas involucradas y, por último, contempla medidas que permiten subsanar la situación, pudiendo renunciar la empresa respectiva a su posición en otra en caso de superarse el umbral. Sugirió modificar la norma propuesta por el Ejecutivo en el sentido descrito.

La diputada señora Fernández retiró la indicación de su autoría sobre la misma materia.

La redacción propuesta por el Ejecutivo para la nueva letra d) del artículo 3° del decreto ley N° 211, de 1973, que se agrega por el N° 1 letra b) del artículo primero del proyecto, se tradujo en una indicación de los diputados señores Farcas, Jarpa; Kast, don Felipe; Ortiz, Rocafull, Tuma y señora Fernández, la que fue aprobada por 10 votos a favor y una abstención. Votaron por la afirmativa los diputados (as) señores Bellolio, don Jaime; Farcas, don

Informe de Comisión de Economía

Daniel; Fernández, doña Maya; Jarpa, don Carlos Abel; Kast, don Felipe; Lavín, don Joaquín; Núñez, don Daniel; Ortiz, don José Miguel; Rocafull, don Luis, y Tuma, don Joaquín. Se abstuvo el señor Espejo, don Sergio.

La indicación del diputado señor Poblete fue declarada incompatible con lo aprobado por la Comisión, lo mismo que una indicación formulada por el diputado señor Núñez, don Daniel, para incorporar en el decreto ley N° 211, de 1973, un nuevo artículo 3° ter, del siguiente tenor:

"Artículo 3° ter.- Para efectos de prevenir la ocurrencia de alguno de los actos descritos en el artículo 3°, establézcanse las siguientes prohibiciones:

a) Ningún miembro del directorio de una empresa podrá integrar, al mismo tiempo, el directorio de otra empresa con la que compita horizontalmente.

b) Las corredoras de bolsa quedaran excluidas de ejercer su función respecto de los negocios en que tengan interés sus controladores. Una vez conocida la declaración de interés de los propietarios de la corredora, quedará prohibido realizar operaciones que reporten un beneficio a esas empresas.

La transgresión a estas prohibiciones será sancionada con alguna de las medidas establecidas en el artículo 26 de esta ley."

N° 2

Agrega un nuevo artículo 3° bis, que dispone la aplicación de medidas preventivas, correctivas o prohibitivas a quienes incumplan las normas sobre control preventivo de operaciones de concentración.

El Ejecutivo formuló una indicación para:

a) Eliminar al final del literal c) del artículo 3° bis la expresión "o".

b) Reemplazar, en el literal d), el punto final (.) por la expresión "; o".

c) Agregar el siguiente literal e), nuevo:

"e) Notifiquen una operación de concentración, de conformidad al Título IV de la presente ley, entregando información falsa."

A su vez, los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe formularon una indicación para intercalar en el inciso primero del artículo 3° bis, entre las expresiones "prohibitivas" y "que resulten necesarias", la locución "contempladas en la presente ley y".

Su objeto es especificar que las medidas de que pueden ser objeto quienes infrinjan la normativa sobre control obligatorio de fusiones deben ser las establecidas en la ley en enmienda.

El señor Jorge Grunberg explicó el contenido y alcance de la norma propuesta y de la indicación formulada a ella por el Ejecutivo. En cuanto a la indicación parlamentaria, precisó que las medidas no descritas en la ley que podrán aplicarse al control de fusiones son las que el TDLC puede crear actualmente caso a caso (en virtud del inciso primero del artículo 3°) y que en último término son controladas por la Corte Suprema, como por ejemplo, ordenar la desinversión para restablecer la competencia en un mercado o restringir, ante la compraventa de una empresa, el plazo por el cual el vendedor se obliga a no competir.

El Fiscal Nacional Económico explicó que las medidas en cuestión deben ser pedidas eventualmente por la FNE y dispuestas necesariamente por el TDLC, pero como tales medidas no están descritas en la ley, la indicación parlamentaria en comento no tendría sentido.

El diputado señor Bellolio sugirió entonces explicitar en el encabezamiento del artículo 3° bis que debe tratarse de las medidas que ordene el TDLC.

El diputado señor Chahin planteó que ello se desprende de la competencia que le atribuye a dicho tribunal el artículo 18, N° 1, de la ley en enmienda, para conocer de las infracciones a ella.

Informe de Comisión de Economía

Puesta en votación la indicación parlamentaria, fue rechazada por 3 votos a favor y 6 votos en contra. Votaron por la afirmativa los diputados señores Bellolio, don Jaime; Kast, don Felipe, y Lavín, don Joaquín. Votan por la negativa los diputados señores Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Jarpa, don Carlos Abel; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín, y señora Fernández, doña Maya.

Puesto en votación el N° 2 del artículo primero del proyecto, con la indicación del Ejecutivo, fue aprobado por unanimidad, con el voto a favor de los diputados (as) señores (as) Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Fernández, doña Maya; Jarpa, don Carlos Abel; Kast, don Felipe; Lavín, don Joaquín; Poblete, don Roberto, y Tuma, don Joaquín.

El diputado señor Bellolio pidió reabrir el debate de la norma así aprobada para intercalar en la letra e) nueva, entre las palabras "entregando" e "información", el adverbio "dolosamente", a fin de evitar que se considere falsa la información involuntariamente errónea o inoportuna. No hubo acuerdo al respecto, ya que la entrega de información presuntamente falsa sobre una operación de concentración dará lugar a un procedimiento en el que deberá acreditarse la falsedad y la responsabilidad del infractor, y en caso de error o tardanza en la entrega procederá la aplicación facultativa de una medida cuya necesidad deberá ponderar el TDLC.

N° 3

Modifica el artículo 6° del decreto ley N° 211, de 1973, en lo que respecta al tiempo que deben destinar los ministros titulares y suplentes del TDLC al desempeño de sus cargos y a las incompatibilidades que les afectan.

El diputado señor Kast, don Felipe, formuló una indicación para modificar el artículo 6° en enmienda, en el sentido de eliminar, en la letra a) del inciso primero, entre las palabras "Un abogado" y "designado por el Presidente de la República", la frase ", que lo presidirá",.

El mismo señor diputado formuló una indicación para intercalar, un nuevo inciso sexto del siguiente tenor:

"Los miembros del Tribunal determinarán por mayoría simple a su Presidente, quien durará dos años en el cargo".

El propósito de ambas modificaciones es que todos los miembros abogados del TDLC sean designados por el Presidente de la República, pero que el nombramiento del Presidente del tribunal sea efectuado por sus propios integrantes.

El diputado señor Espejo señaló que, para resguardar la corrección de los procedimientos, el Presidente del tribunal debe ser necesariamente un abogado.

Puestas en votación ambas indicaciones conjuntamente, fueron aprobadas por 8 votos a favor y 1 voto en contra, con la enmienda de reemplazar en el nuevo párrafo sexto incorporado por la segunda de ellas la frase "Los miembros del Tribunal determinarán" por "El tribunal determinará de entre sus miembros abogados,". Votaron por la afirmativa los diputados señores Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Jarpa, don Carlos Abel; Kast, don Felipe; Lavín, don Joaquín; Poblete, don Roberto, y Tuma, don Joaquín. Votó por la negativa la diputada señora Fernández, doña Maya.

Los diputados señores Chahin y Espejo formularon una indicación para reemplazar el primer párrafo de la letra b), del inciso primero del artículo 6°, por el siguiente:

"b) Cuatro profesionales universitarios expertos en materias de libre competencia, dos de los cuales deberán ser abogados y dos licenciados o con post grados en ciencias económicas designados por el Presidente de la República de una nómina de tres postulantes confeccionada por la Corte Suprema mediante concurso público de antecedentes".

Su objeto es que todos los miembros del TDLC (tres abogados y dos economistas) sean nombrados por el Presidente de la República, a proposición de la Corte Suprema, pues no tiene sentido que el Banco Central intervenga en la selección de quienes postulan a un cargo judicial.

El diputado señor Chahin estimó necesario, además, hacer extensivos los requisitos que establece la letra a) a todos los profesionales que postulan a ser jueces del TDLC, sobre todo considerando que quien lo presida será designado por sus pares.

Informe de Comisión de Economía

El diputado señor Tuma (Presidente) estimó conveniente que sea el Banco Central el que califique la idoneidad profesional de los economistas que deban integrar el tribunal. Recordó que se trata de un órgano jurisdiccional especializado que, junto con dominar los temas jurídicos, debe tener también una visión clara de los asuntos relativos a los mercados y a la libre competencia.

La diputada señora Fernández compartió el planteamiento anterior.

El diputado señor Bellolio opinó que debe mantenerse el equilibrio y que dos de los ministros del tribunal deben ser nombrados por el Consejo del Banco Central porque no es razonable que la autoridad que conoce quiénes son los profesionales más calificados en materia de libre competencia no tenga participación alguna en su nominación.

El diputado señor Kast, don Felipe, postuló que el Banco Central tiene una mirada distinta que debe ser considerada, por lo que resulta razonable que los miembros economistas del TDLC sean recomendados por él, y recordó que el Presidente de la República interviene en la designación de los consejeros del BCCh, por lo que de todas maneras incidirá indirectamente en el nombramiento de los ministros del tribunal.

El diputado señor Espejo recordó que el nombramiento de jueces economistas por parte del Banco Central no surgió para garantizar la idoneidad técnica de los candidatos a miembros del TDLC, sino para generar un contrapeso político. Prefiere que sea la Corte Suprema la que confeccione las nóminas para su designación.

El diputado señor Chahin sugirió regular en la letra a) del artículo 6° en enmienda la nominación de seis postulantes por la Corte Suprema para que el Presidente de la República designe a los tres jueces abogados del TDLC y, en la letra b), la confección de dos ternas por el Banco Central para que el Primer Mandatario nomine a los jueces economistas del mismo.

El Ministro de Economía advirtió que, además de lo debatido, habría que velar por que el mandato de los miembros del TDLC tenga una duración tal que permita la renovación diferida de sus designaciones, por lo que ofrece estudiar el tema para presentar más adelante una propuesta que se haga cargo de los planteamientos efectuados al respecto.

El diputado señor Kast, don Felipe, formuló una indicación para eliminar la letra a) del N° 3 del artículo primero del proyecto, que consagra la dedicación exclusiva de los ministros titulares del TDLC al desempeño de sus cargos.

Su autor fundamentó la propuesta en que la dedicación exclusiva no va acompañada de una remuneración suficientemente atractiva que evite que los miembros del tribunal quieran abandonar sus cargos frente a la alta demanda por profesionales expertos en libre competencia que hay en el mercado. Planteó que esa exigencia debiera llevar aparejada una remuneración equivalente a la de los consejeros del Banco Central.

El Ministro de Economía estimó que el estándar remuneratorio para los ministros del TDLC es adecuado, ya que estos tienen actualmente un sueldo muy parecido al del Fiscal Nacional Económico, cuya remuneración está en torno al 2% por debajo de la de un ministro de Corte Suprema.

Puesta en votación la indicación en comento, fue rechazada por 1 voto a favor, 6 votos en contra y una abstención. Votó por la afirmativa el diputado señor Kast, don Felipe. Votaron por la negativa los diputados señores Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Jarpa, don Carlos Abel; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín, y la diputada señora Fernández, doña Maya. Se abstuvo el señor Bellolio, don Jaime.

Puesto en votación el N° 3, letras a), b), c) y d), que pasan a ser c), d), e) y f) del artículo primero del proyecto, fue aprobado unánimemente, por 7 votos a favor, de los diputados (as) señores (as) Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Fernández, doña Maya; Jarpa, don Carlos Abel; Poblete, don Roberto, y Tuma, don Joaquín.

Lo anterior fue sin perjuicio de la propuesta comprometida por el Ejecutivo para modificar la norma relativa al sistema de nombramiento de los ministros del TDLC.

En efecto, el Ejecutivo propuso una nueva redacción para este numeral, con el objeto de:

1. Reemplazar la letra a) del inciso primero del artículo 6° de la ley en enmienda, por la siguiente:

Informe de Comisión de Economía

"a) Tres abogados designados por el Presidente de la República a partir de nóminas de tres postulantes para cada cupo, confeccionadas por la Corte Suprema mediante concurso público de antecedentes."

2. Reemplazar la letra b) del mismo artículo por la siguiente:

"b) Dos licenciados o con post grado en ciencias económicas designados por el Presidente de la República a partir de nóminas de tres postulantes para cada cupo, confeccionadas por el Consejo del Banco mediante concurso público de antecedentes."

3. Intercalar en la misma disposición el siguiente inciso segundo, nuevo:

"Solo podrán participar en los concursos a que se refiere este artículo quienes tengan una destacada actividad profesional o académica especializada en materias relacionadas con la libre competencia."

4. Reemplazar el inciso cuarto del artículo en enmienda, que pasa a ser quinto, por el siguiente:

"El Presidente de la República designará a los ministros suplentes a partir de nóminas de tres postulantes cada una, confeccionadas mediante concurso público de antecedentes por la Corte Suprema, para el caso del suplente abogado y, por el Consejo del Banco Central, para el caso del suplente economista."

El diputado señor Tuma observó que ningún profesional o académico destacado va a concursar para ocupar un cargo de suplente, por lo que los ministros suplentes del TDLC debieran ser nombrados de entre los integrantes de las nóminas que no hayan calificado para ser titulares.

El diputado señor Bellolio consideró excesivo que el Presidente de la República vaya a nombrar a todos los miembros del TDLC.

El Ministro de Economía recordó que se definieron algunos criterios para regular esta materia. El primero fue que el presidente del tribunal fuera designado por sus propios miembros, lo cual está ya aprobado; el segundo fue que el Banco Central interviniera en la designación de los economistas que deban integrar el TDLC y, el tercero, fue que el sistema de designación de los jueces debía ser semejante a lo que ocurre en otros tribunales. Señaló que la propuesta cumple con todos los criterios antes descritos.

El diputado señor Kast, don Felipe, planteó que, dado el conocimiento adquirido por el Consejo del Banco Central en la materia, los ministros economistas del TDLC debieran seguir siendo designados por aquél, pues ello le agrega valor además a un tribunal especializado como éste.

El Ministro de Economía sostuvo que la propuesta resguarda adecuadamente la independencia del tribunal, pues el hecho de que los nombramientos no sean simultáneos hará que su renovación sea efectuada por distintas administraciones.

En relación con el nombramiento de los suplentes, afirmó que, de acuerdo con la experiencia acumulada, los profesionales que postulan a un cargo como titular normalmente aspiran también a la suplencia, lo que demuestra que ambas categorías son igualmente atractivas.

El diputado señor Espejo observó que, conforme al inciso cuarto vigente del artículo 6° de la ley en enmienda, los ministros suplentes del TDLC son designados a partir de los mismos concursos y nóminas previstos para el nombramiento de los titulares. Sugirió no innovar al respecto.

El Secretario de la Comisión advirtió que la redacción propuesta no puede aprobarse a partir de una indicación parlamentaria, puesto que implicaría suprimir una atribución que la ley vigente confiere al Consejo del Banco Central, lo que de acuerdo con el artículo 65, inciso cuarto, ordinal 2°, de la Constitución Política de la República, constituye una materia de iniciativa exclusiva del Primer Mandatario.

Quedó pendiente el tema, a la espera de la correspondiente indicación del Ejecutivo que finalmente no fue presentada.

N° 4

Informe de Comisión de Economía

Modifica el artículo 11 del decreto ley N° 211, de 1973, en lo relativo a las inhabilidades y causales de recusación de los ministros del TDLC.

Puesto en votación el N° 4 del artículo primero del proyecto, fue aprobado en forma unánime, por 6 votos a favor, de los diputados señores Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Jarpa, don Carlos Abel; Poblete, don Roberto, y Tuma, don Joaquín.

N° 5

Introduce una modificación en el artículo 11 bis del decreto ley N° 211, de 1973, por razones de concordancia.

Puesto en votación el numeral 5 del artículo primero del proyecto, fue aprobado por asentimiento unánime, con 6 votos a favor, de los diputados señores Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Jarpa, don Carlos Abel; Poblete, don Roberto, y Tuma, don Joaquín.

N° 6

Modifica el artículo 12 del decreto ley N° 211, de 1973, por razones de concordancia con lo dispuesto en los incisos octavo y noveno del artículo 6°, que se reemplazan.

Se observó que los incisos octavo y noveno del artículo 6° se refieren al deber de dedicación exclusiva de los ministros titulares del TDLC y a las incompatibilidades de sus ministros suplentes, cuya infracción también debiera constituir causal de cesación en el cargo, por lo que debería modificarse la letra e) del artículo 12 al efecto, en lugar de suprimirla.

El diputado señor Chahin formuló una indicación para reemplazar la letra a) del numeral 6 del artículo primero del proyecto por la siguiente:

a) Reemplázase la letra e) del inciso primero, por la siguiente:

“e) No cumplir lo dispuesto en los incisos octavo y noveno del artículo 6°.”.

Puesta en votación la indicación precedente, fue aprobada por unanimidad, por 6 votos a favor, de los diputados señores Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Jarpa, don Carlos Abel; Poblete, don Roberto, y Tuma, don Joaquín.

Puesta en votación la letra b) del numeral 6 que señala: En su inciso segundo, reemplázase la expresión “letras c), d) y e)” por la frase “letras c) y d)” del N° 6 del artículo primero, propuesta por el Ejecutivo, fue rechazada en forma unánime, con el voto en contra de los mismos señores diputados.

N° 7

Modifica el artículo 18 del decreto ley N° 211, de 1973, que trata de las atribuciones y deberes del TDLC.

El Ejecutivo formuló una indicación para modificar el numeral en comento en el siguiente sentido:

a) Reemplázase el literal b) por el siguiente:

b) Intercálase en el numeral 4), entre la palabra “competitivas” y el punto y coma (;) la frase siguiente:

“En todo caso, el Ministro receptor de la propuesta deberá manifestar su parecer respecto sobre ésta. La respuesta será publicada en la web institucional del Tribunal, de la Fiscalía y del Ministerio de que se trate”.

b) Reemplázase el literal c) por el siguiente:

c) Intercálanse los siguientes numerales 5) y 6), pasando el actual numeral 5) a ser 7):

“5) Substanciar, a solicitud exclusiva del notificante de una operación de concentración, el procedimiento de revisión especial de operaciones de concentración, cuando éstas hubieren sido prohibidas por el Fiscal Nacional Económico conforme a lo establecido en el artículo 57 de la presente ley;

Informe de Comisión de Economía

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

El Ministro de Economía explicó que el numeral 2 del artículo 18 de la ley en enmienda se utiliza en la actualidad para controlar judicialmente toda clase de hechos, actos o contratos que puedan infringir sus disposiciones, siendo necesario excluir las operaciones de concentración, que pasarían a ser controladas por la FNE conforme al nuevo Título IV que se agrega por el numeral 17 del artículo primero del proyecto. De ahí la sustitución propuesta por la letra a) del N° 7 en comento, que consagra legalmente, además, el criterio establecido por el propio tribunal en el sentido de que sólo las partes en un hecho, acto o contrato, o el Fiscal Nacional Económico, están legitimados para someter a consulta tales asuntos, y no los terceros ajenos a ellos.

Con respecto al numeral 4 del mismo artículo 18, señaló que a raíz del debate en la Comisión, se decidió mantener la facultad de hacer recomendaciones normativas en el TDLC, sin perjuicio de conferírsela también a la FNE, razón por la cual se reemplaza la norma sustitutiva de dicho numeral por otra aditiva, que obliga al ministro receptor de la propuesta del tribunal a emitir opinión sobre ella y a publicar ésta en los sitios web de las instituciones competentes.

El diputado señor Bellolio consultó la opinión del Ejecutivo sobre la posibilidad de someter a revisión por el TDLC las fusiones que hubieren sido aprobadas con condiciones por la FNE y no solo las rechazadas.

El Fiscal Nacional Económico recordó que el proyecto no faculta a la FNE para imponer medidas a las empresas que pretendan fusionarse, lo cual es muy sano para una economía de mercado, porque aquella no va a estar en condiciones de saber cuáles pueden ser más eficaces. Su rol será hacer ver los riesgos a los interesados en la fusión y serán éstos los que deberán proponer medidas para suprimirlos o minimizarlos. Si se produce acuerdo, la operación será autorizada bajo las condiciones propuestas por los notificantes y no será necesario recurso alguno. Ahora, si la FNE no está de acuerdo con las medidas que estos sugieran, deberá prohibir la fusión, quedando los afectados legitimados para recurrir de revisión al TDLC. Por último, si fuera el tribunal el que impusiera medidas a los notificantes, éstos tendrán derecho de recurrir a la Corte Suprema.

Puesto en votación el numeral 7 del artículo primero del proyecto, con la indicación del Ejecutivo, fue aprobado en forma unánime, por 11 votos a favor de los (as) diputados (as) señores (as) Bellolio, don Jaime; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Fernández, doña Maya; Jarpa, don Carlos Abel; Kast, don Felipe; Lavín, don Joaquín; Núñez, don Daniel; Ortiz, don José Miguel; Rocafull, don Luis, y Tuma, don Joaquín.

N° 8

Modifica el artículo 20 del decreto ley N° 211, de 1973, en lo relativo a la prescripción de las acciones y medidas que se impongan para prevenir, corregir o sancionar atentados a la libre competencia.

El Ejecutivo formuló indicación para reemplazar este numeral por el siguiente:

8) Modifícase el artículo 20 del siguiente modo:

a) Reemplázase en su inciso quinto, la frase "medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar" por la siguiente: "multas que se impongan para sancionar".

b) Sustitúyese en su inciso sexto la expresión "medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar" por la siguiente: "multas que se impongan para sancionar".

El Fiscal Nacional Económico explicó que la referencia a las medidas preventivas o correctivas que el TDLC imponga a quienes infrinjan o puedan infringir la ley en enmienda (los notificantes de una operación de concentración, por ejemplo) debe eliminarse, pues ellas no pueden entenderse extinguidas por el simple paso del tiempo, a diferencia de las multas que se condene a pagar a los infractores, las cuales prescriben en el plazo de dos años.

El Ministro de Economía acotó que tales medidas cesarán cuando se implementen o cuando desaparezcan las circunstancias que las hubieren motivado, según sea su naturaleza, o en el término que el mismo tribunal les hubiere fijado.

Informe de Comisión de Economía

Puesta en votación la indicación precedente, fue aprobada por 9 votos a favor y tres abstenciones. Votaron por la afirmativa los diputados señores Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Jarpa, don Carlos Abel; Kast, don Felipe; Núñez, don Daniel; Ortiz, don José Miguel; Rocafull, don Luis; Tuma, don Joaquín, y la diputada señora Fernández, doña Maya. Se abstuvieron los señores Bellolio, don Jaime; Edwards, don José Manuel, y Lavín, don Joaquín.

N° 9, nuevo

El Ejecutivo formuló una indicación para intercalar, a continuación del numeral 8) del artículo primero del proyecto, el siguiente numeral 9), adecuando la numeración de los numerales posteriores:

9) Agrégase al artículo 21 el siguiente inciso segundo, pasando el actual inciso segundo a ser tercero y así sucesivamente:

"Se podrá notificar a las filiales, coligadas o agencias constituidas en Chile de una empresa extranjera, los requerimientos o demandas que se deduzcan en contra de ésta por infracciones a la presente ley, careciendo de valor cualquier limitación estatutaria de dicha filial, coligada o agencia."

El diputado señor Tuma (Presidente) dio lectura a un escrito que le hiciera llegar un estudio de abogados en el que se critica al procedimiento de que tratan los artículos 20 y siguientes del decreto ley en enmienda, que consta en el acta de la sesión 61ª. de la Comisión.

Puesta en votación la indicación del Ejecutivo, fue aprobada por unanimidad, por 12 votos a favor, de los diputados (as) señores (as) Bellolio, don Jaime; Edwards, don José Manuel; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Fernández, doña Maya; Jarpa, don Carlos Abel; Kast, don Felipe; Lavín, don Joaquín; Núñez, don Daniel; Ortiz, don José Miguel; Rocafull, don Luis, y Tuma, don Joaquín.

N° 10, nuevo

El Ejecutivo formuló una indicación para intercalar el siguiente numeral 10), adecuando la numeración de los numerales posteriores:

10) Reemplázase el inciso quinto del artículo 22, por el siguiente:

"No se decretará término probatorio extraordinario para rendir prueba fuera de la Región Metropolitana de Santiago, sino cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia declare que existe motivo fundado para la práctica de la diligencia probatoria fuera de la Región Metropolitana;
2. Que la parte que solicita el término probatorio extraordinario acredite estar impedida de poder rendir la prueba ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y
3. Que dentro del plazo de 5 días la parte que solicita el término probatorio extraordinario, consigne la suma que determine el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, para efectos de cubrir los gastos que la realización de las diligencias de prueba significarán a las otras partes del juicio."

El diputado señor Bellolio formuló una indicación para agregar al número 3 del inciso quinto propuesto por el Ejecutivo un párrafo segundo del siguiente tenor:

"Estas diligencias podrán ser conducidas a través del correspondiente juez de letras, garantizando su fidelidad y rápida expedición por cualquier medio idóneo."

Su objeto es especificar cómo debe rendirse la prueba cuando el TDLC autorice excepcionalmente su práctica fuera de su territorio jurisdiccional, reponiendo al efecto el inciso quinto del artículo 22 vigente, que el Ejecutivo propone sustituir.

Puestas en votación ambas indicaciones, con modificaciones formales, fueron aprobadas en forma unánime, por 12 votos a favor, de los diputados (as) señores (as) Bellolio, don Jaime; Edwards, don José Manuel; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Fernández, doña Maya; Jarpa, don Carlos Abel; Kast, don Felipe; Lavín, don Joaquín; Núñez, don

Informe de Comisión de Economía

Daniel; Ortiz, don José Miguel; Rocafull, don Luis, y Tuma, don Joaquín.

N° 9 que pasa a ser N° 11)

Letra a)

Introduce tres modificaciones en la letra c) del inciso segundo del artículo 26 del decreto ley N° 211, de 1973. La primera se refiere a las multas que el TDLC puede imponer en los casos de colusión, abuso de posición dominante, prácticas predatorias y demás conductas anticompetitivas descritas en el artículo 3° del decreto ley en enmienda. Las otras dos constituyen cambios de referencia y de forma.

El Ejecutivo formuló una indicación para modificar la letra a) del N° 9, que pasa a ser 11, en el siguiente sentido:

1. Reemplazar, en su numeral i), la frase "al doble del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción, si es que éste puede ser claramente determinado por el Tribunal, o, en caso contrario, al 30% de las ventas del infractor, correspondientes al período durante el cual la infracción se haya prolongado" por la siguiente frase: "al doble del beneficio económico reportado por la infracción, o hasta por el 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos y/o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido.", y

2. Agregar un numeral iv), por el cual se reemplaza el párrafo segundo de la letra c) del artículo 26 por el siguiente:

"Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese; la gravedad de la conducta; la necesidad de que la sanción sea efectivamente disuasiva; la calidad de reincidente y la capacidad económica del infractor; y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación."

Por su parte, los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe formularon una indicación para reemplazar en el numeral i) la frase "al 30% de las ventas del infractor correspondientes al período durante el cual la infracción se haya prolongado" por "al 30% de las ventas realizadas por el infractor el año anterior relacionadas con la línea de negocios objeto de la infracción, con un tope del 10% de la facturación total de éste durante dicho período. En todo caso, a los agentes económicos que no generan ingresos a través de la venta de bienes y servicios, se les podrá aplicar multas de hasta veinte mil unidades tributarias anuales."

El Ministro de Economía destacó la importancia de las sanciones propuestas para disuadir las conductas atentatorias contra la libre competencia. Reiteró que, en el caso del cartel de los productores avícolas, hubo una gran desproporción entre el beneficio económico obtenido por los coludidos (en torno a US\$ 1.500 millones) y la sanción aplicada por el TDLC (cerca de US\$ 60 millones), lo que claramente no resulta efectivo para inhibir la colusión. Por eso se propone elevar la multa al doble del beneficio reportado por la infracción y, en caso de que éste no se pueda determinar, hasta el 30% de las ventas realizadas por el o los infractores, precisándose en la indicación que ellas deben corresponder a la línea de negocios asociada a la infracción.

En cuanto al límite del 30% de las ventas, señaló que el Ejecutivo ha hecho un análisis de los márgenes que normalmente obtienen –en distintos mercados– las empresas que se coluden, el cual arroja como resultado que, en Europa, esos márgenes (valor agregado, menos costo laboral, dividido por el valor total de las ventas) fluctúan entre 15 y 20 por ciento. Luego, el doble del beneficio económico reportado por la infracción varía entre 30 y 40 por ciento. En el caso de Chile, estudios de investigadores locales y del Banco Central demuestran que dichos márgenes son incluso levemente superiores a los europeos (entre 20 y 30 por ciento), por lo que el límite propuesto resulta bastante razonable. Por lo mismo, sería inconveniente aplicar el 10% de las ventas globales realizadas el año anterior, como propone la indicación parlamentaria, pues se trata de un concepto más amplio. Reconoció que, en el caso de la industria manufacturera, los márgenes llegan incluso al 30 o 40 por ciento, según la ENIA (Encuesta Nacional Industrial Anual), pero más que representar un poder de mercado ellos obedecen a una especialización en el producto.

El diputado señor Bellolio planteó que la colusión merece sancionarse con multas superiores al beneficio obtenido a raíz de dicha conducta, pero que ellas deben tener un límite para que no impliquen condenar a muerte a las empresas infractoras, puesto que ello sería contrario al objetivo de favorecer la libre competencia. Sostuvo que la

Informe de Comisión de Economía

propuesta contenida en la indicación parlamentaria es mejor que la del Ejecutivo porque se refiere al 30% de las ventas de la línea de negocios realizadas por el infractor el año anterior, con un tope de 10% de la facturación total de este en el mismo periodo. Pero, además, se agrega que si los coludidos no registran facturación, se les podrá aplicar una multa fija de hasta 20 mil UTA, combinando igualmente los sistemas sancionatorios europeo y estadounidense en materia de colusión, pero con una fórmula más cercana al primero.

La diputada señora Fernández coincidió en que las multas deben ser altas para que operen como un verdadero desincentivo a la colusión, pero compartió también la necesidad de prevenir la desaparición de las empresas que deban pagarlas, por lo que junto con formular una indicación que eleva las multas al triple del beneficio generado por la colusión o al 50% de las ventas del infractor durante el periodo que esta se haya prolongado, ha presentado otra para que, al aplicar las multas a un caso concreto, el tribunal tenga en cuenta, entre otras circunstancias, la capacidad económica del infractor.

Los diputados señores Farcas y Chahin compartieron la propuesta del Ejecutivo, pues estiman que la colusión es un crimen económico inaceptable que debe ser severamente reprimido para garantizar la competitividad en los mercados, pero el segundo consideró razonable acoger parcialmente la indicación parlamentaria en lo que atañe al establecimiento de una multa fija para el caso de que los coludidos no registren ventas o éstas no se puedan calcular. Si esto ocurre, ofreció retirar la indicación de su autoría, suscrita también por el diputado Espejo, que se refiere al 30% de las ventas del grupo empresarial al que pertenece el infractor, efectuadas durante el año anterior al requerimiento o demanda, o a un monto equivalente hasta a 30 mil UTA si no se pudiera determinar el beneficio económico obtenido por el infractor o las ventas aludidas.

El diputado señor Kast, don Felipe, recordó que las empresas son actores sociales, por lo que no es deseable que desaparezcan por las malas decisiones que hayan podido tomar algunas personas, obviando los incentivos puestos en la ley para no coludirse. Afirmó que la indicación parlamentaria en debate busca ambos objetivos y por eso se suma a ella, retirando una propia que había presentado con anterioridad.

El diputado señor Tuma (Presidente) retiró una indicación de su autoría, que buscaba evitar el aumento de la concentración en los mercados, limitando al 10% de las ventas de la línea de negocios la multa por colusión, con un tope de tres años en cuanto a la duración de la infracción. Esto, porque el proyecto original del Ejecutivo no acotaba adecuadamente la sanción, como sí lo hace la indicación formulada en esta oportunidad.

El Ministro de Economía consideró pertinente establecer una multa de hasta 30 mil UTA para los casos en que no sea posible determinar la sanción en función de las ventas. En cuanto a la eventual quiebra de las empresas sancionadas, hizo notar que el Ejecutivo también ha formulado una indicación para que al aplicar una multa se tenga en cuenta la capacidad económica del infractor, entre otros factores, y se gradúe la sanción dentro de los límites que establece la ley.

El Fiscal Nacional Económico respondió al diputado Kast, don Felipe, señalando que la existencia de una regulación minuciosa y de sanciones severas no va a impedir que siga habiendo carteles, pero los empresarios que quieran cartelizarse deberán analizar la relación costo-beneficio de esa decisión, la cual tiende a ser más desfavorable cuando a mayores sanciones se suma una mayor probabilidad de detección. En ese sentido, hay seis o siete estudios económicos extranjeros, que tampoco profundizan sobre el contra factual (cuántos carteles se han desbaratado gracias a la aplicación de una ley), en los cuales se habla de sobrepuestos de entre 15 y 50 por ciento debido a la existencia de carteles en el mundo y de una probabilidad de detección de estos no superior al 30% en Estados Unidos. En Chile, según el estudio del ex ministro Gómez-Lobo presentado en el "caso pollos", se estableció -conservadoramente- que el sobrepuesto fue de 14% durante 17 años (unos US\$ 1.400 millones), sin considerar los efectos peso muerto (pérdida de eficiencia) y paraguas (cobro de sobrepuestos por empresas no cartelizadas). Por otra parte, es presumible que la probabilidad de detección en el país sea inferior a la que registra Estados Unidos, la cual se pretende incrementar mediante la delación compensada.

Con respecto a la quiebra de una empresa cartelizada, señaló que el propósito de la FNE es que existan más competidores en los mercados, pero no a cualquier costo. Los efectos adversos que provoca la colusión en una economía de mercado no justifican la subsistencia de aquella empresa ineficiente que solo sobrevive gracias a la existencia de un cartel y cuya ineficiencia terminan pagando los consumidores.

Los diputados señores Chahin, Espejo, Núñez don Daniel, Poblete, Tuma y señora Fernández, doña Maya, formularon una indicación para agregar un nuevo párrafo segundo a la letra c) del artículo 26, del siguiente tenor:

Informe de Comisión de Economía

"En el evento de que no sea posible determinar el beneficio económico obtenido por el infractor ni sus ventas, el tribunal podrá aplicar multas de hasta treinta mil unidades tributarias anuales."

Puesta en votación la letra a) del N° 9 del artículo primero del proyecto, con la indicación del Ejecutivo recaída en ella, fue aprobada por 8 votos a favor, 2 votos en contra y una abstención. Votaron por la afirmativa los diputados señores Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Jarpa, don Carlos Abel; Núñez, don Daniel; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín, y la diputada señora Fernández, doña Maya. Votaron por la negativa los diputados señores Bellolio, don Jaime, y Van Rysselberghe, don Enrique. Se abstuvo el diputado Kast, don Felipe.

Puesta en votación la indicación de los diputados Chahin y otros, fue aprobada por unanimidad con adecuaciones formales por 11 votos a favor, de los diputados (as) Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Fernández, doña Maya; Jarpa, don Carlos Abel; Kast, don Felipe; Núñez, don Daniel; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín, y Van Rysselberghe, don Enrique.

La indicación de los diputados Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe fue rechazada por 3 votos a favor, 6 votos en contra y una abstención. Votaron por la afirmativa los diputados Bellolio, don Jaime; Kast, don Felipe, y Van Rysselberghe, don Enrique. Votaron por la negativa los diputados señores Chahin, don Fuad; Jarpa, don Carlos Abel; Núñez, don Daniel; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín, y señora Fernández, doña Maya. Se abstuvo el diputado Farcas, don Daniel.

Puesta en votación la indicación del Ejecutivo que reemplaza el párrafo segundo de la letra c) del artículo 26, fue aprobada unánimemente, por 8 votos a favor, de los diputados Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Jarpa, don Carlos Abel; Kast, don Felipe; Poblete, don Roberto; Rocafull, don Luis, y Tuma, don Joaquín.

Fueron retiradas por sus autores sendas indicaciones, de la diputada señora Fernández y del diputado señor Poblete, que proponían modificar el artículo 26 con el objeto de que se considerase la capacidad económica del infractor al momento de determinar las multas aplicables por las conductas descritas en el artículo 3° del decreto ley en enmienda y de dejar a salvo los derechos de los accionistas minoritarios de las sociedades condenadas al pago de dichas multas.

Letra b)

Incorpora dos nuevos literales d) y e) en el inciso segundo del artículo 26 del decreto ley N° 211. El primero permite imponer a los involucrados en el delito de colusión la prohibición de contratar con la Administración del Estado durante los cinco años posteriores a la sentencia. El segundo permite sancionar a quienes no cumplan el deber de notificar una operación de concentración cuando corresponda, con una multa de hasta 20 mil UTA por cada día de retardo.

Los diputados señores Kast, don Felipe, y Tuma, don Joaquín, formularon por separado sendas indicaciones para eliminar la letra d) que se agrega al artículo 26 del decreto ley N° 211, basados en que ello podría importar un perjuicio para la Administración al restringir el número de competidores en un mercado aptos para proporcionarle bienes o servicios.

Con la anuencia del Ejecutivo, fueron aprobadas las indicaciones precedentes por asentimiento unánime, por 10 votos a favor, de los diputados Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Farcas, don Daniel; Jarpa, don Carlos Abel; Kast, don Felipe; Núñez, don Daniel; Poblete, don Roberto; Rocafull, don Luis; Tuma, don Joaquín, y Van Rysselberghe, don Enrique.

Se declaran incompatibles con lo aprobado sendas indicaciones de los diputados señores Chahin y Espejo; Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe; Poblete y Fernández, doña Maya, y Núñez, don Daniel, que proponían: la primera, una sanción pecuniaria alternativa a la prohibición de contratar con la Administración; la segunda, condicionar esta prohibición a tener en cuenta las circunstancias del caso para que su imposición no afecte las posibilidades de contratación pública; la tercera, extender la prohibición a los servicios públicos autónomos y semifiscales, así como a los poderes legislativo y judicial; y la última, extenderla a las nuevas empresas constituidas por las personas sancionadas.

Puesta en votación la letra b) del N° 9 del artículo primero del proyecto, fue aprobada por unanimidad, pasando la nueva letra e) que se agrega al artículo 26 del decreto ley N° 211 a ser letra d). Votaron a favor los diputados señores Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Jarpa, don Carlos Abel; Kast,

Informe de Comisión de Economía

don Felipe; Poblete, don Roberto; Rocafull, don Luis, y Tuma, don Joaquín.

Los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe formularon una indicación para agregar al artículo 26 el siguiente inciso final:

"Con todo, las multas señaladas en el literal c) del presente artículo no podrán aplicarse, por los mismos hechos, a directores, administradores o a cualquier persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo, que sean sancionadas de conformidad a lo prescrito en el artículo 286 bis del Código Penal. En caso de que éstas ya hubieren sido cursadas, quedarán sin efecto. Asimismo, en estos casos las personas naturales mencionadas precedentemente no serán solidariamente responsables del pago de las multas que se impongan a las personas jurídicas relacionadas con la infracción."

El diputado señor Bellolio explicó que esta indicación tiene por objeto velar por la observancia del principio non bis in ídem porque, si bien un mismo hecho puede dar lugar a responsabilidades administrativa y penal, normalmente ellas se hacen valer ante órganos pertenecientes a los poderes ejecutivo y judicial, respectivamente, pero en la especie, aunque distintos, serían dos tribunales los que impondrían las multas y las penas por colusión, incluso, mediante dos procesos simultáneos. De ahí la propuesta de no aplicar o dejar sin efecto las penas pecuniarias a quienes sean o hayan sido condenados por el delito tipificado en el artículo 286 bis que se propone incorporar en el CP.

El diputado señor Chahin refutó el argumento invocado para restringir la doble sanción de un acto colusorio porque la responsabilidad civil emanada de un delito puede ser perseguida ante un tribunal de ese carácter, sin perjuicio de la persecución penal por los jueces competentes y sin que ello importe una violación del principio en cuestión. Lo mismo ocurre en materia laboral, donde el tribunal especializado puede imponer multas al infractor, sin perjuicio de que se proceda criminalmente contra el mismo ante otro órgano jurisdiccional.

El diputado señor Bellolio advirtió que la responsabilidad civil no da lugar a sanciones, sino a la obligación de indemnizar, como sí ocurriría en los casos de colusión, donde dos tribunales distintos podrían imponer sanciones de distinta naturaleza a un mismo individuo.

El señor Jorge Grunberg señaló que el principio non bis in ídem está consagrado en el artículo 1° del Código Procesal Penal, el cual impide someter a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho a la persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada. Es decir, lo que se prohíbe es perseguir penalmente a un individuo dos veces por una misma conducta, pero no hacer valer distintos tipos de responsabilidad derivados de ella en procedimientos distintos y ante órganos diferentes.

El diputado señor Chahin opinó que el único caso en que se vulneraría el principio non bis in ídem sería aquél en que se persiguiera penalmente a una misma persona por el delito de colusión del nuevo artículo 286 bis y por el de alteración fraudulenta de precios del antiguo artículo 285, ambos del CP.

A petición del diputado señor Tuma, el Fiscal Nacional Económico aclaró que en sede de libre competencia se puede proceder tanto contra personas naturales como contra personas jurídicas, pero penalmente solo se puede hacer contra las primeras, en cuyo caso pueden traslaparse efectivamente las sanciones pecuniarias y las penales. Duda de que esto suponga una violación del principio non bis in ídem, pero planteó que puede haber problemas de proporcionalidad y de garantías individuales en caso de existir procesos paralelos, por lo que se manifestó partidario de exigir que el TDLC resuelva los casos sometidos a su conocimiento antes de que la FNE pueda acudir a la justicia penal por los mismos hechos.

Puesta en votación la indicación parlamentaria en debate, fue rechazada por 3 votos a favor, 5 votos en contra y dos abstenciones. Votaron por la afirmativa los diputados señores Bellolio, don Jaime; Kast, don Felipe, y Van Rysselberghe, don Enrique. Votaron por la negativa los diputados señores Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Poblete, don Roberto; Rocafull, don Luis, y Tuma, don Joaquín. Se abstuvieron los señores Farcas, don Daniel, y Jarpa, don Carlos Abel.

N° 12, nuevo

Los diputados señores Chahin y Espejo formularon una indicación para reemplazar el artículo 30 del decreto ley N° 211, por el siguiente:

Informe de Comisión de Economía

"Artículo 30.- La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar, con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante ese mismo tribunal y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario establecido en el Título XI del Libro III del Código de Procedimiento Civil. Las resoluciones pronunciadas en este procedimiento, salvo la sentencia definitiva, serán susceptibles del recurso de reposición al que podrá darse tramitación incidental o ser resuelto de plano. Sólo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva.

Al resolver sobre la acción de indemnización de perjuicios el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fundará su fallo en los hechos establecidos en su sentencia que sirva de antecedente a la demanda. El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica."

El diputado señor Chahin adujo que la posibilidad de demandar perjuicios ante el TDLC contribuiría a la economía procesal y permitiría que la determinación del daño causado fuera efectuada por el tribunal especializado que conoce de la infracción que motiva la demanda.

Con la opinión favorable del Ejecutivo, fue aprobada la indicación por unanimidad, por 8 votos a favor, de los diputados (as) Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Fernández, doña Maya; Jarpa, don Carlos Abel, Núñez, don Daniel; Poblete, don Roberto, y Tuma, don Joaquín.

Fue retirada una indicación de los mismos señores diputados, que reemplazaba el artículo 30 del decreto ley N° 211 por otro, que obligaba al TDLC a pronunciarse en su sentencia sobre la responsabilidad civil de los infractores y a fijar en ella el monto de las indemnizaciones a que hubiere lugar.

Por otra parte, se declaró incompatible con lo aprobado una indicación de los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe, para agregar en el artículo 30 del decreto ley en enmienda, a continuación de la palabra "ejecutoriada", la expresión "que determine el daño causado".

N° 10 que pasa a ser 13

Modifica el inciso segundo del artículo 31 del decreto ley N° 211, sometiendo los informes que le sean encomendados al TDLC por leyes especiales al recurso de reclamación contemplado en el artículo 27 del mismo cuerpo normativo.

El Ejecutivo formuló una indicación para reemplazar el numeral 10, que pasó a ser 13, por el siguiente:

13) Reemplázase en el inciso primero del artículo 31 la frase "números 2) y 3)" por la siguiente frase: "números 2), 3) y 4)".

Su objeto es someter al procedimiento de que trata el artículo 27 en enmienda el ejercicio de la atribución que confiere al TDLC el numeral 4 del artículo 18 del decreto ley N° 211 (efectuar recomendaciones normativas), mismo al que actualmente se sujeta el cumplimiento de las funciones que le asignan los numerales 2 (conocer de las infracciones a la ley) y 3 (dictar instrucciones generales).

Puesta en votación la indicación precedente, fue aprobada por asentimiento unánime, por 10 votos a favor, de los diputados señores Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Jarpa, don Carlos Abel; Kast, don Felipe; Poblete, don Roberto; Rocafull, don Luis; Tuma, don Joaquín, y Van Rysselberghe, don Enrique.

N° 11 que pasa a ser 14

Incorpora un nuevo artículo 31 bis en el decreto ley N° 211, de 1973, que fija el procedimiento para la tramitación del recurso especial de revisión de las operaciones de concentración prohibidas por la FNE.

El Ejecutivo formuló indicación para modificar el artículo 31 bis, en el siguiente sentido:

a) Reemplázase en el inciso primero la numeración "4)" por "5)".

b) Reemplázase el inciso tercero por el siguiente:

Informe de Comisión de Economía

"En el caso que la sentencia revoque la resolución recurrida, el Tribunal, en la misma sentencia, podrá aprobar la operación de concentración en forma pura y simple o sujeta a las últimas medidas ofrecidas por el notificante de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 53. Adicionalmente, podrá el Tribunal aprobar la operación bajo la condición de que se dé cumplimiento a otras medidas que considere adecuadas y suficientes."

c) Reemplázase el inciso final por el siguiente:

"En contra de la sentencia que pronuncie el Tribunal en virtud de lo establecido en este artículo no procederá recurso alguno, a menos que aquella hubiere condicionado la aprobación de la operación al cumplimiento de medidas distintas de las contempladas en la última propuesta realizada por las partes de conformidad a lo establecido en el inciso tercero del artículo 53. En este último caso, tanto las partes como el Fiscal Nacional Económico podrán deducir el recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27."

El Fiscal Nacional Económico explicó que las operaciones de concentración que superen cierto umbral (ventas efectuadas por las empresas que se fusionan) deberán ser notificadas obligatoriamente a la FNE, la cual deberá determinar en un plazo breve (30 días hábiles) los riesgos que ellas puedan significar para la libre competencia, pudiendo aprobarlas pura y simplemente o sujetas al cumplimiento de medidas propuestas por los propios notificantes, o bien, rechazarlas. La idea es que la FNE no imponga medidas inconsultas a los notificantes porque se presume que éstos se encuentran en mejores condiciones de saber cuáles pueden ser más eficientes y eficaces para mitigar los riesgos detectados. Con todo, si la FNE no está de acuerdo con las medidas sugeridas por los interesados, deberá rechazar la operación (para evitar que opere el silencio administrativo positivo), en cuyo caso nace el derecho de los notificantes de recurrir al TDLC para que revise la operación conforme al procedimiento descrito en el artículo que ahora se propone. A su vez, el tribunal podrá confirmar la resolución de la fiscalía, rechazando la operación, o revocarla, aprobando la fusión pura y simplemente o condicionada al cumplimiento de las últimas medidas propuestas por los notificantes a la FNE. Por último, el TDLC sí podrá sujetar la operación de concentración a la observancia de medidas que él mismo determine, pero en tal caso los notificantes o la fiscalía podrán recurrir de reclamación ante la Corte Suprema. A eso apuntan las modificaciones introducidas por la indicación en comento, en relación con lo dispuesto en los artículos 46 y siguientes que se agregan al decreto ley N° 211 por el numeral 17 del artículo primero del proyecto.

Consultado al respecto, señaló que es conveniente acotar lo más posible las reclamaciones ante el máximo tribunal porque aunque tengan prioridad para su vista y fallo los procedimientos ante éste pueden demorar hasta seis meses, lo cual resulta bastante disruptivo para una empresa que ha manifestado públicamente su intención de fusionarse.

Los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe formulan indicación para agregar, en el inciso primero del artículo 31 bis, a continuación del punto final (.) que pasa a ser seguido (.), lo siguiente:

"La audiencia pública de la que trata este inciso deberá tener lugar dentro de los 30 días siguientes a la presentación del recurso en cuestión."

Su objeto es dar mayor celeridad al procedimiento, acotando el plazo dentro del cual debe convocarse la audiencia pública a que se refiere el inciso primero del nuevo artículo 31 bis.

El Fiscal Nacional Económico señaló que prefiere dejar a criterio del TDLC la fijación de la primera audiencia puesto que en algunos casos puede ser necesario reunir más antecedentes para llevarla a cabo y, en último término, el tribunal debe tener presente que este tipo de operaciones deben ser resueltas en el más breve plazo posible. Por lo demás, los plazos judiciales no son fatales, por lo que pueden siempre prorrogarse (argumento que el diputado Kast, don Felipe, hace valer para que se fije uno en la ley).

Puesta en votación la indicación parlamentaria en comento, fue rechazada por 2 votos a favor, 4 votos en contra y tres abstenciones. Votaron por la afirmativa los diputados señores Bellolio, don Jaime, y Kast, don Felipe. Votaron por la negativa los diputados señores Espejo, don Sergio; Poblete, don Roberto; Rocafull, don Luis, y Tuma, don Joaquín. Se abstuvieron los señores Chahin, don Fuad; Farcas, don Daniel, y Jarpa, don Carlos Abel.

Puesto en votación el N° 11 del artículo primero del proyecto, que pasa a ser N° 14, con la indicación de Ejecutivo, fue aprobado por unanimidad, por 8 votos a favor, de los diputados Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Jarpa, don Carlos Abel; Kast, don Felipe; Poblete, don Roberto; Rocafull, don Luis, y Tuma, don Joaquín.

Informe de Comisión de Economía

N° 12 que pasa a ser 15

Modifica el artículo 32 del decreto ley N° 211 en la forma que indica.

El Ministro de Economía explicó que la enmienda propuesta tiene por objeto adecuar la norma afectada al nuevo sistema de control obligatorio de fusiones.

Puesto en votación el N° 12 del artículo primero del proyecto, que pasa a ser N° 15, fue aprobado en forma unánime, por 11 votos a favor, de los diputados (as) Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Edwards, don José Manuel; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Fernández, doña Maya; Jarpa, don Carlos Abel; Kast, don Felipe; Núñez, don Daniel; Poblete, don Roberto, y Tuma, don Joaquín.

Los diputados señores Chahin y Espejo formularon una indicación para agregar en el inciso cuarto del artículo 33 del decreto ley N° 211, a continuación de la frase "del Ministro de Economía, Fomento o Reconstrucción" la frase "de la Cámara de Diputados o de veinte de sus miembros", precedida de una coma (,).

Su objeto es que la remoción del Fiscal Nacional Económico, por negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones o por incapacidad, pueda ser requerida no solo por el Ministro de Economía, sino también por la Cámara de Diputados o una parte de ella.

El diputado señor Bellolio sostuvo que la indicación es inadmisibles por tratar una materia ajena a las ideas matrices del proyecto en debate. En cuanto al fondo de ella, señaló que al otorgar esta facultad a la Cámara de Diputados se politizaría innecesariamente el proceso de remoción del fiscal.

El diputado señor Kast, don Felipe, consideró que esta facultad afectaría la independencia del Fiscal Nacional Económico para tomar decisiones basadas en criterios estrictamente técnicos, sobre todo, teniendo a su haber el ejercicio exclusivo de la acción penal en materia de colusión.

El diputado señor Núñez, don Daniel, postuló que alguna bancada parlamentaria, dado el bajo número de diputados que estaría legitimado para pedir la remoción del fiscal, pueda proceder políticamente en su contra ante un fallo adverso a determinados intereses por parte del TDLC. Por lo mismo, el diputado señor Tuma (Presidente) sugirió elevar el quórum necesario para promover tal destitución.

El diputado señor Chahin hizo notar que la independencia del fiscal está resguardada por la exigencia de que la remoción sea dispuesta por el Presidente de la República y basada en causas legales, cuya concurrencia haya sido informada favorablemente por la Corte Suprema. Llamó a pensar que, ante la negligencia del fiscal y la negativa del gobierno de turno a pedir su remoción, no habría ninguna herramienta institucional para separarlo del cargo, aun cuando hubiera motivo legal para ello. En cuanto al posible abuso de esta facultad por parte de un grupo de diputados, recordó que ella existe actualmente respecto de los fiscales del Ministerio Público y solo se ha ejercido en dos oportunidades, siendo acogido el requerimiento por la Corte Suprema en ambas ocasiones.

El Ministro de Economía recordó que en el año 2009 se otorgaron a la FNE facultades intrusivas para mejorar el combate a la colusión y se decidió restringir la facultad del Presidente de la República para remover a su titular, exigiendo que el requerimiento del Ministro de Economía, a través del cual el Ejecutivo ejerce la supervigilancia sobre el fiscal, contara con un informe previo del máximo tribunal, justamente para asegurar la independencia de éste. Opinó que la indicación altera el mecanismo de supervisión de la FNE por parte del Primer Mandatario y que el sistema de nombramiento y remoción del fiscal ha funcionado adecuadamente hasta la fecha, por lo que no ve razón para innovar al respecto.

Puesta en votación la indicación en comento, fue rechazada por 1 voto a favor, 6 votos en contra y cuatro abstenciones. Votó por la afirmativa el diputado señor Chahin, don Fuad. Votaron por la negativa los diputados señores Bellolio, don Jaime; Edwards, don José Manuel; Espejo, don Sergio; Kast, don Felipe, Tuma, don Joaquín, y señora Fernández, doña Maya. Se abstuvieron los diputados señores Farcas, don Daniel; Jarpa, don Carlos Abel; Núñez, don Daniel, y Poblete, don Roberto.

N° 13 que pasa a ser 16

Modifica el artículo 39 del decreto ley N° 211, que trata de las atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico.

Informe de Comisión de Economía

La letra a) de este numeral agrega un párrafo final a la letra a) del inciso segundo del artículo 39, que asegura a los afectados el acceso al expediente de la investigación llevada a cabo por la FNE, en todos los casos en que no se haya decretado su reserva o confidencialidad.

La letra b) deroga parcialmente el párrafo primero del literal b) del artículo 39, en lo que respecta a la posibilidad de la FNE de hacerse parte en causas criminales.

La letra c) reemplaza el literal d) del artículo 39, incorporando el deber de velar por el cumplimiento de las resoluciones dictadas en los procesos de control de fusiones.

La letra d) incorpora dos nuevos párrafos en la letra h) del artículo 39, por los cuales se sanciona penalmente la entrega de información falsa en el contexto de una investigación llevada a cabo por la FNE y pecuniariamente a quienes injustificadamente no respondan al requerimiento de información o lo hagan solo parcialmente.

El Ejecutivo formuló una indicación (9, a) para intercalar, en el nuevo párrafo quinto que se incorpora en el literal h) del artículo 39, entre las expresiones "Quienes" y "proporcionen", la frase "oculten información que les haya sido solicitada o".

Por su parte, los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe formularon indicación para reemplazar, en el nuevo párrafo quinto que se agrega a la letra h) del artículo 39, la locución "Quienes proporcionen información falsa en el contexto de una investigación seguida de conformidad a esta ley incurrirán en" por "Quienes dolosamente proporcionen información falsa en el contexto de una investigación seguida de conformidad a esta ley serán sancionados con".

Su objeto es exigir un ánimo delictivo en la entrega de información, como hace el Código Tributario al distinguir entre una presentación incompleta o errónea y una maliciosamente falsa.

El Ministro de Economía afirmó que el texto propuesto por el Ejecutivo no deja lugar a dudas en cuanto a que la entrega de información debe ser diligente y, por tanto, el hecho de que esta sea falsa implica que quien la presenta sabe que ella es imprecisa o ajena a la realidad. Es por ello que, en la práctica, quien cometa un error en la entrega de información no podrá ser perseguido penalmente.

El diputado señor Chahin sugirió especificar que se castigará con la pena de presidio a quienes proporcionen información falsa "a sabiendas", pues, tal como está redactada la norma original, la sola entrega de información que resulte ser falsa aparece como una hipótesis de responsabilidad objetiva.

El Fiscal Nacional Económico observó que "a sabiendas" es lo mismo que "dolosamente" y aclaró que la idea no es exigir una responsabilidad objetiva, sino que involucre al menos culpa.

El diputado señor Chahin propuso sancionar la entrega de información "manifiestamente falsa", pues la aclaración hecha por el Ministro no se refleja en el texto propuesto y el día de mañana éste podría ser impugnado por inconstitucionalidad.

El diputado señor Núñez, don Daniel, manifestó que ello sería redundante, pues la sola entrega de información falsa en el contexto de una investigación destinada a verificar la existencia de un posible delito implica la voluntad de ocultar algo y no se puede confundir con información errónea o incompleta.

Finalmente, los diputados señores Bellolio y Chahin formularon una indicación, en reemplazo de la anterior, para intercalar en el nuevo párrafo quinto agregado a la letra h) del artículo 39, entre las palabras "Quienes" y "proporcionen", el adverbio "culpablemente", sin perjuicio de la adición propuesta por el Ejecutivo.

Puestas en votación las letras a), b), c) y d) del N° 13 del artículo primero del proyecto, que pasa a ser N° 16, con la indicación del Ejecutivo y la indicación parlamentaria precedente, fueron aprobadas en forma unánime, por 10 votos a favor, de los diputados (as) señores (as) Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Edwards, don José Manuel; Espejo, don Sergio; Fernández, doña Maya; Jarpa, don Carlos Abel; Kast, don Felipe; Núñez, don Daniel; Poblete, don Roberto, y Tuma, don Joaquín.

La letra e) del numeral 13 en comento agrega un nuevo párrafo final en el literal j) del artículo 39, que sanciona con multa a quienes se nieguen injustificadamente a comparecer a declarar ante la FNE.

Informe de Comisión de Economía

El Ejecutivo formuló una indicación (9, b) para sustituir, en el mismo literal, j) la frase "por escrito" por la siguiente: "por cualquier medio que garantice su fidelidad, según lo determine la Fiscalía Nacional Económica".

El Fiscal Nacional Económico explicó que hoy en día se permite a las personas citadas por la fiscalía registrar sus declaraciones en archivos de audio, de los cuales se les entrega copia. La idea es habilitar legalmente el uso de dichos medios u otros análogos.

El diputado señor Chahin consideró problemático que sea la FNE la que vaya a determinar (caso a caso) la fidelidad del medio a través del cual podrán declarar quienes sean citados por ella. Sugirió que se fijen los estándares que garanticen tal fidelidad a través de un reglamento o de una norma de carácter general de la propia FNE.

El diputado señor Bellolio estimó inapropiado aplicar la misma sanción (1 UTM) y el mismo apremio del artículo 42 (arresto hasta por 15 días) a quienes injustificadamente no proporcionen la información que se les solicite o no comparezcan a declarar en un proceso investigativo y a quienes incurran en iguales faltas en el contexto de un estudio de mercado.

El Fiscal Nacional Económico advirtió que la FNE deberá asegurarse de que el medio por el cual declare un compareciente sea fidedigno, pues debe ser capaz de reproducirlo ante un tribunal para poder hacer efectivo cualquier tipo de responsabilidad, y no se le ocurre otro medio que no sea un archivo de audio o, eventualmente, de video. Consultado al respecto, señaló que en Estados Unidos lo normal es que en el sistema de control de fusiones se pida declarar a través de conferencia telefónica a los ejecutivos de las empresas, para no quitarles tiempo o cuando se encuentran en el extranjero, en cuyo caso se les pide autorización para grabar lo conversado.

En cuanto a fijar los estándares que garanticen la fidelidad de los medios que se utilicen para registrar las declaraciones, el Ministro de Economía se comprometió a dictar las instrucciones pertinentes en cuanto se apruebe el proyecto en trámite.

Con respecto a las sanciones aplicables por falta de comparecencia o de información, el Fiscal Nacional Económico señaló que el apremio del artículo 42 nunca ha sido utilizado porque para hacerlo efectivo hay que acudir a la justicia ordinaria del crimen con autorización previa del TDLC. Luego, lo más probable es que se aplique siempre y únicamente la multa en tales casos. Con todo, se comprometió a aclarar en su momento cómo operaría esta amenaza en los estudios de mercado que lleve adelante la fiscalía.

Puesta en votación la letra e) del N° 13 del artículo primero del proyecto, que pasa a ser N° 16, con la indicación del Ejecutivo, fue aprobada por asentimiento unánime, por 9 votos a favor, de los diputados (as) señores (as) Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Fernández, doña Maya; Jarpa, don Carlos Abel; Núñez, don Daniel; Poblete, don Roberto, y Tuma, don Joaquín.

La letra f) del N° 13 en comento modifica la letra n) del artículo 39 del decreto ley N° 211, de 1973, incorporando en su párrafo primero la alusión a un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago como encargado de autorizar a la FNE para ejercer sus facultades intrusivas al investigar conductas colusorias, e intercalando un nuevo párrafo séptimo por el cual se regula el procedimiento de reclamo frente a los incumplimientos en que incurra la FNE en el marco de una investigación.

El Ejecutivo formuló una indicación (9, c) para reemplazar, en el párrafo séptimo que se incorpora al literal n) del artículo 39, la frase "la fecha en que el afectado haya tomado" por la siguiente frase: "que aparezca o se acredite que quien deba reclamar tuvo o haya debido tener".

El Fiscal Nacional Económico explicó que el objeto de la enmienda propuesta es facilitar el ejercicio de las facultades intrusivas de la FNE que normalmente cuentan con aprobación previa del TDLC, concentrando las solicitudes de autorización en la Corte de Apelaciones de Santiago, ya que muchas veces se presentan problemas de falta de tiempo y de conocimiento de los ministros de Corte locales respecto de la materia investigada y del nivel de confidencialidad que requieren las medidas que se pretende aplicar. Aseguró que con esto habrá mayor control por parte de la FNE sobre las solicitudes de medidas intrusivas y se podrán desarrollar más acciones en regiones distintas de la Metropolitana de Santiago.

Con respecto a la indicación, precisó que el fin principal de la norma que modifica es establecer un plazo para que las personas investigadas interpongan reclamo contra la forma en que la FNE ha ejercido las medidas intrusivas autorizadas, porque muchas veces se han presentado varios de ellos con ánimo dilatorio contra una misma acción,

Informe de Comisión de Economía

además de permitir que la resolución recaída en este reclamo sea apelable. Consultado sobre el alcance de la expresión "que aparezca o se acredite que quien deba reclamar tuvo o haya debido tener conocimiento", señaló que ella apunta a restringir la posibilidad de que los reclamos se presenten mucho tiempo después de haberse tenido noticia del vicio que los motiva, aduciendo el afectado que no se había enterado de su existencia, aun cuando aquél resultara evidente de la sola lectura de un documento u otra circunstancia semejante.

Puesta en votación la letra f) del N° 13 del artículo primero del proyecto, que pasa a ser N° 16, con la indicación del Ejecutivo, fue aprobada en forma unánime, por 8 votos a favor, con la enmienda de reemplazar en esta última la expresión "haya debido" por "debió". Votaron por la afirmativa los diputados señores Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Jarpa, don Carlos Abel; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín, y señora Fernández, doña Maya.

Los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe formularon una indicación que pasa a ser g) para sustituir, en el párrafo séptimo de la letra n) del artículo 39 vigente, que pasaría a ser octavo, la expresión "el Tribunal" por "los Tribunales".

Su objeto es impedir que los resultados de las actuaciones llevadas a cabo por la FNE ejerciendo irregularmente sus facultades intrusivas sean utilizados como medios de prueba ante cualquier tribunal y no solo ante el TDLC.

Fue aprobada la indicación unánimemente, por 7 votos a favor, de los diputados señores Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Jarpa, don Carlos Abel; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín, y señora Fernández, doña Maya.

La letra g) del numeral 13 en comento que pasa a ser h) modifica el literal ñ) del artículo 39 del decreto ley N° 211, intercalando en su párrafo segundo la frase "producirán efectos respecto de terceros en caso de aprobar el acuerdo", precedida de una coma (,), y reemplazando la conjunción "y" final y la coma que la precede por un punto y coma (;).

El Ejecutivo formuló una indicación (9, d) para reemplazar la letra g) propuesta por la siguiente:

"g) Reemplázase en el párrafo segundo del literal ñ) la expresión ', y' por punto y coma (;).".

El diputado señor Bellolio estuvo de acuerdo con la indicación, por entender que con ella se elimina la frase que les reconocía eficacia a los acuerdos extrajudiciales celebrados con la FNE, respecto de terceros que no hubieran concurrido a su celebración, lo que en su opinión habría adolecido de inconstitucionalidad. Por lo mismo, retiró una indicación de su autoría, y de los diputados Edwards, Lavín y Van Rysselberghe, que proponía justamente dejar sin efecto dicha enmienda.

Fue retirada, además, una indicación de los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe, para reemplazar el literal i) de la letra g) del N° 13, propuesta por el Ejecutivo, por otra que tenía por objeto sustituir, en el párrafo segundo del literal ñ) del artículo 39, la expresión "serán vinculantes para las partes que comparecieron al acuerdo" por "darán al acuerdo el carácter de transacción, por lo que producirá el efecto de cosa juzgada", la que perseguía también limitar el efecto de los acuerdos extrajudiciales únicamente a las partes que los hubieran suscrito.

Los diputados señores Chahin y Espejo formularon una indicación para eliminar la frase final del segundo párrafo (literal ñ en enmienda) "y en su contra solo procederá el recurso de reposición", agregando a continuación de la frase contenida en el proyecto original "en caso de aprobar el acuerdo", en punto seguido, lo siguiente:

"En contra de la resolución del Tribunal que apruebe o rechace el acuerdo procederá el recurso de reclamación para ante la Corte Suprema. Este recurso deberá ser fundado y solo podrán interponerlo los suscribientes del acuerdo, los competidores que participen del mismo mercado relevante, o las Asociaciones de Consumidores reguladas en el párrafo segundo del Título II de la ley N° 19.496. En lo demás, se regulará conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la presente ley."

El diputado señor Chahin argumentó que es importante que los competidores y consumidores afectados por un acuerdo extrajudicial suscrito entre una empresa que ha infringido la normativa de defensa de la libre competencia y la FNE puedan objetar su celebración, dado que todos ellos son naturalmente partes interesadas.

Informe de Comisión de Economía

El Fiscal Nacional Económico advirtió que la FNE no tiene el monopolio de la acción ante el TDLC, por lo que los acuerdos extrajudiciales que ella propone celebrar son meras opiniones suyas y de las partes involucradas, que requieren aprobación del tribunal, el cual se encarga siempre de darles su visto bueno dejando a salvo los derechos de terceros. Luego, quien se sienta afectado tendrá que iniciar un procedimiento contencioso mediante la presentación de una demanda ante el TDLC. Lo que no sería bueno, planteó, es que se utilice el recurso de reclamación como un mecanismo de extorsión para demorar indebidamente el proceso de aprobación del acuerdo, que debe ser siempre muy rápido.

El diputado señor Chahin observó que la interposición de un recurso de reclamación no suspendería los efectos entre las partes del acuerdo extrajudicial objetado, por lo que no habría posibilidad de dilatar su aprobación. Hizo notar, además, que los terceros tienen derecho de recurrir al TDLC frente a las conductas anticompetitivas que puedan perjudicarlos, pero no tienen actualmente herramientas para oponerse a un acuerdo extrajudicial cuyo contenido pueda afectarlos.

El Fiscal Nacional Económico insistió en que la vía para oponerse a un acuerdo sería un juicio de lato conocimiento ante el TDLC. Planteó que, en el caso de fusiones internacionales, el acuerdo con la fiscalía puede constituir un detalle menor y, aunque la operación pueda materializarse conforme a lo convenido, el hecho de establecer un recurso de reclamación introduciría un elemento de incertidumbre en torno a la operación del sistema.

El diputado señor Chahin insistió en que el proyecto dejaría en la indefensión a terceros interesados respecto del contenido del acuerdo.

El Fiscal Nacional Económico señaló que desnaturalizar la posibilidad de un acuerdo extrajudicial con un recurso de reclamación de terceros que no han sido parte en él no hace más que matar la institución.

El diputado señor Chahin advirtió que los acuerdos extrajudiciales celebrados por la FNE tienen efecto en los mercados y no solo entre las partes que los suscriben, pero se aprueban en un procedimiento sumario desformalizado donde ni siquiera está previsto oír a los competidores o a los consumidores que puedan verse perjudicados por lo que en ellos se prevé.

El diputado señor Bellolio no ve cómo podría la FNE promover un acuerdo extrajudicial que vaya a perjudicar a los actores del mercado que debe proteger.

El Ministro de Economía planteó que el TDLC debe tener en cuenta los intereses de los competidores y consumidores para aprobar o rechazar un acuerdo promovido por la FNE.

El diputado señor Chahin reiteró que el problema es que no existe una etapa en el procedimiento de aprobación de estos acuerdos para oír a terceros que tengan un interés legítimo que hacer valer respecto de ellos. Propuso cambiar el recurso de reclamación por un mecanismo en que el TDLC pueda consultar la opinión de terceros sobre el contenido de un acuerdo, dentro de cierto plazo, antes de ser aprobado. Consideró que nadie mejor que los propios competidores y consumidores podrían anticipar los efectos que tendría para la libre competencia un acuerdo extrajudicial, por lo que al menos debieran ser oídos. Pidió al Ejecutivo estudiar esa posibilidad.

Como consecuencia del debate producido al respecto, el Ejecutivo propuso reemplazar el literal en comento por el siguiente:

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

i) Intercálase en su párrafo segundo, entre la frase “partes comparecientes al acuerdo” y el punto seguido (.), la frase “así como el parecer de quienes tengan interés legítimo”, y

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

El objeto de la enmienda propuesta es permitir la intervención de terceros interesados en el procedimiento de aprobación de los acuerdos extrajudiciales celebrados por la FNE, aunque no hayan participado en la conclusión de estos, y restringir así la posibilidad de recurrir contra las resoluciones del TDLC para no dilatar los procesos.

Los diputados señores Chahin y Núñez, don Daniel, formularon una indicación para reemplazar, igualmente, la letra g) por la siguiente:

Informe de Comisión de Economía

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

i) Intercálase en su párrafo segundo, entre la frase 'partes comparecientes al acuerdo' y el punto seguido (.), la siguiente frase: 'así como el parecer de quienes tengan interés legítimo y de las asociaciones de consumidores reguladas en el párrafo segundo del Título II de la ley N° 19.496.', y

ii) Reemplázase en su párrafo segundo la expresión ', y' por un punto y coma (;).".

El Fiscal Nacional Económico consideró innecesaria una disposición especial para que se dé publicidad a los acuerdos extrajudiciales pues, para dar inicio al proceso de aprobación, la FNE y su contraparte deben dar a conocer en cada caso su contenido al tribunal para que éste, a través de una resolución que es pública, los tramite. Respecto de quiénes podrían tener interés legítimo, destacó que esta es una cuestión que en cada caso deberá determinar el tribunal, pero dar legitimación activa por ley a las AdC o a los competidores no le parece conveniente. Argumentó que un competidor podría oponerse incluso a un acuerdo que mejore la competencia en un mercado dada la mayor dificultad que representaría éste para su participación en dicho mercado. Consideró adecuada la propuesta del Ejecutivo en cuanto permitiría, aunque en un plazo breve, que quienes tengan interés legítimo en un acuerdo extrajudicial lo manifiesten, ya que será el TDLC el que tendrá que discernir si estos terceros tienen efectivamente dicho interés o sólo están extorsionando el proceso. No compartió la idea de regalarles media hora de alegatos a quienes no hayan probado reunir los requisitos para tener legitimación activa.

El diputado señor Chahin estimó que los consumidores organizados siempre tendrán un interés legítimo en la celebración de acuerdos extrajudiciales por parte de la FNE y que, por lo tanto, tienen derecho a ser oídos. Refutó los dichos del fiscal en cuanto atribuye un eventual ánimo extorsivo a las AdC y que no valdría la pena hacerles la concesión de regalarles media hora de alegatos. Consultó la opinión del Ministro al respecto.

El Ministro de Economía dijo entender que el Fiscal Nacional Económico teme que la intervención de terceros que no prueben tener un interés legítimo en la celebración de un acuerdo extrajudicial genere ineficiencias en el proceso. No compartió la interpretación hecha por el diputado Chahin en cuanto a la participación de las AdC en dicha instancia, ya que lo afirmado por el fiscal está referido más bien a los competidores. Valoró el rol que juegan las AdC y expresó su disposición a acatar el consenso que pueda existir en la Comisión en torno a permitir la participación por derecho propio de aquellas en estos procesos.

El diputado señor Kast, don Felipe, no vio inconveniente en aprobar la propuesta del Ejecutivo, pues estimó que la referencia a quienes tengan interés legítimo es más amplia que reconocer legitimación activa solo a organizaciones de consumidores y a competidores del mercado relevante.

El diputado señor Chahin planteó que el TDLC ha cambiado su criterio respecto de la intervención de las AdC cada vez que se ha modificado su composición, aceptándola en una época y rechazándola en otra. De ahí la importancia de asegurar por ley que sean oídas y que el tribunal decida después si tenían o no interés legítimo en el asunto pues, de lo contrario, se va a generar debate judicial.

El diputado señor Kast, don Felipe, sugirió entonces reconocer legitimación activa a las AdC que demuestren tener interés legítimo, a fin de excluir a las que puedan tener otras motivaciones para concurrir al procedimiento en cuestión.

Finalmente, la propuesta del Ejecutivo se tradujo en una indicación de los diputados señores Kast, don Felipe; Edwards y Tuma, que fue aprobada por 8 votos a favor y 2 votos en contra. Votaron por la afirmativa los diputados señores Edwards, don José Manuel; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Jarpa, don Carlos Abel; Kast, don Felipe; Rocafull, don Luis; Trisotti, don Renzo, y Tuma, don Joaquín. Votaron por la negativa los diputados señores Chahin, don Fuad, y Núñez, don Daniel.

La indicación de los diputados señores Chahin y Núñez, don Daniel, fue rechazada por 3 votos a favor, 4 votos en contra y tres abstenciones. Votaron por la afirmativa los diputados señores Chahin, don Fuad; Farcas, don Daniel, y Núñez, don Daniel. Votaron por la negativa los diputados señores Edwards, don José Manuel; Kast, don Felipe; Trisotti, don Renzo, y Tuma, don Joaquín. Se abstuvieron los señores Espejo, don Sergio; Jarpa, don Carlos Abel, y Rocafull, don Luis.

Fue retirada por su autor una indicación del diputado Kast, don Felipe, para eliminar el primitivo literal i) de la letra g) en comento, lo mismo que la formulada por los diputados Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe para

Informe de Comisión de Economía

reemplazar dicho literal i) por el que se señala, y la de los diputados Chahin y Espejo que contemplaba un recurso de reclamación a favor de consumidores y competidores.

La letra h) del numeral 13 en comento intercala cuatro nuevos literales o), p), q) y r) en el artículo 39 del decreto ley N° 211. El primero faculta a la FNE para conocer de las notificaciones vinculadas al sistema de control de fusiones. El segundo la faculta para realizar estudios de mercado, pudiendo ejercer al efecto las atribuciones que le confieren las letras f) requerir colaboración y antecedentes a entidades públicas, g) requerir de entidades públicas antecedentes necesarios para sus investigaciones, h) solicitar información y antecedentes a particulares para los mismos fines, j) llamar a declarar a personas que puedan tener conocimiento o hayan celebrado actos relacionados con sus investigaciones, k) requerir informes de organismos técnicos estatales o de peritos privados y l) celebrar convenios de cooperación con otros servicios públicos y universidades, así como con agencias u organismos extranjeros, para la promoción y defensa de la libre competencia, todas del artículo en enmienda. El tercero faculta a la fiscalía para efectuar recomendaciones normativas y, el cuarto, para dictar instrucciones relativas al ejercicio de sus funciones.

El Ejecutivo formuló una indicación (9, e) para intercalar en el literal p), incorporado por la letra h) en comento, entre la expresión "artículo" y el punto y coma (;) la siguiente frase: "y efectuar recomendaciones a órganos del Estado y agentes económicos. En todo caso, el órgano del Estado receptor de la propuesta deberá manifestar su parecer respecto de la misma. La respuesta será publicada en los sitios web de la Fiscalía Nacional Económica y del órgano de que se trate".

Por su parte, los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe formularon una indicación para agregar, en la nueva letra p) que se agrega por el literal h), a continuación de la expresión "de este artículo", en punto seguido, la locución "En el ejercicio de esta atribución, no serán aplicables las sanciones establecidas en los literales h) y j) mencionadas precedentemente;".

Su objeto es hacer inaplicables en los estudios de mercado las sanciones por no entregar antecedentes o no comparecer a declarar que se contemplan para los procesos investigativos de la FNE.

El Ministro de Economía planteó que la facultad que se otorga a la FNE para realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados se vería truncada si no se le otorgan al mismo tiempo herramientas para obtener la información necesaria para llevarlos a cabo y poder recomendar medidas que permitan mejorar la competencia, que es lo que contempla la indicación.

El diputado señor Chahin estuvo de acuerdo en establecer sanciones para hacer efectiva la entrega de información que pueda requerir la FNE, pero no con la aplicación de apremios personales tratándose de generar estudios de mercado y no de investigar la comisión de infracciones a la libre competencia.

La diputada señora Fernández consideró que en estos casos debiera aplicarse una sanción pecuniaria en primer lugar y solo si se reitera la negativa a entregar información hacer efectivo el apremio.

El diputado señor Tuma observó que ciertos casos de falta de información o comparecencia constituirían delito y, por tanto, sería conveniente separar las sanciones aplicables a las investigaciones y a los estudios de mercado realizados por la FNE.

El Ministro de Economía planteó que los estudios de mercado son tan importantes como las investigaciones para velar por el funcionamiento de los mercados, y así lo ha declarado la OCDE. Añade que si alguien se niega a entregar información es porque sabe que contiene antecedentes de que un mercado no está funcionando adecuadamente, en cuyo caso puede incluso preferir pagar la multa correspondiente y persistir en su negativa.

El Fiscal Nacional Económico postuló que podría hacerse la distinción planteada por los diputados Bellolio y Chahin entre la persecución de una infracción y un estudio de mercado, máxime porque la idea es encargar uno o dos al año a universidades o centros de estudios para no atosigar a las empresas con solicitudes de información.

Por otra parte, observó que la letra h) del artículo en enmienda contempla la posibilidad de que los particulares se opongan a los requerimientos de información de la FNE y lo más probable es que en los estudios de mercado ejerzan ese derecho. En tanto, la letra j) permitiría a los particulares declarar por cualquier medio fidedigno, por lo que no debiera representar una gran carga para nadie. Por lo demás, dejar los estudios de mercado como un proceso en el que no importa si se entrega información o la calidad de la información que se proporciona a la

Informe de Comisión de Economía

autoridad es también una mala señal.

El Ministro de Economía se comprometió a estudiar la presentación de una nueva propuesta sobre la materia, en la línea de lo sugerido por la diputada señora Fernández.

A proposición del Ejecutivo, los diputados señores Espejo, Farcas y Tuma formularon indicación para agregar, en el nuevo literal p) del artículo 39 incorporado por la letra h) en comento, el siguiente párrafo segundo:

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

Su objeto es crear un mecanismo de control por parte del TDLC respecto de las solicitudes de información y de los llamados a declarar que pueda efectuar la FNE en el marco de un estudio de mercado, cuando los requeridos estimen que ello perjudica sus intereses, de modo que, acogida la reclamación, se extinguiría la obligación de acceder al requerimiento de la fiscalía y, por consiguiente, la posibilidad de ser sancionados. De esta forma, se hace la distinción sugerida por el diputado señor Bellolio entre las eventuales sanciones aplicables con ocasión de un proceso investigativo y las aplicables a propósito de un estudio de mercado.

Puesta en votación la indicación precedente, fue aprobada por 9 votos a favor y una abstención. Votaron por la afirmativa los diputados señores Edwards, don José Manuel; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Kast, don Felipe; Núñez, don Daniel; Rocafull, don Luis; Trisotti, don Renzo; Tuma, don Joaquín, y señora Fernández, doña Maya. Se abstuvo el señor Chahin, don Fuad.

La indicación de los diputados Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe, que hacía inaplicables las sanciones contempladas en las letras h) y j) del artículo 39 a los estudios de mercado fue rechazada por 4 votos a favor, 6 votos en contra y una abstención. Votaron por la afirmativa los diputados señores Chahin, don Fuad; Edwards, don José Manuel; Kast, don Felipe, y Trisotti, don Renzo. Votaron por la negativa los diputados señores Espejo, don Sergio; Jarpa, don Carlos Abel; Núñez, don Daniel; Rocafull, don Luis; Tuma, don Joaquín, y señora Fernández, doña Maya. Se abstuvo el señor Farcas, don Daniel.

El diputado señor Kast, don Felipe, formuló una indicación para eliminar el literal q) que se agrega al artículo 39 del decreto ley N° 211 por la letra h) en comento.

Su objeto es radicar la facultad de efectuar recomendaciones normativas exclusivamente en el TDLC.

Por su parte, los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe formulan indicación para reemplazar la mencionada letra q) por la siguiente:

"q) Promover ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 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, para que dicho Tribunal, dentro del ejercicio de sus atribuciones, realice las propuestas que estime al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda;".

El Fiscal Nacional Económico hizo presente que esta facultad la conservaría el TDLC, pero se la quiere otorgar también a la FNE porque el procedimiento que lleva a cabo el tribunal para proponer modificaciones legales o reglamentarias suele demorar hasta un año y en ciertos casos podría llegar tarde. En la práctica, las recomendaciones que impliquen cambios de mayor envergadura deberían ser llevadas por la fiscalía al TDLC para que allí se discutan, mientras que las recomendaciones más específicas, sobre temas ya resueltos, sería conveniente que las hiciera directamente la FNE.

El diputado señor Kast, don Felipe, discrepó con que la fiscalía sea la encargada de perseguir las infracciones a la normativa de libre competencia y vaya a tener también la posibilidad de redactarla. En tal sentido, propuso acoger la indicación de los diputados señores Bellolio y otros, para que se canalicen a través del TDLC las proposiciones de la FNE.

Informe de Comisión de Economía

El diputado señor Espejo consideró, por el contrario, que el tribunal debiera dedicarse a aplicar la normativa vigente con la dedicación y ponderación que cada situación amerite, en vez de estar preocupado de sugerir cambios a esa normativa.

El diputado señor Núñez, don Daniel, hizo notar que las recomendaciones normativas de la FNE deberían fundarse en los hechos que le ha correspondido conocer vía investigaciones o estudios de mercado y que ellas constituirían meras proposiciones que se harían llegar al Presidente de la República a través del Ministro de Economía, por lo que no se trata de que el fiscal vaya a dictar normas en forma discrecional.

El diputado señor Edwards sostuvo que lo ideal es separar los roles de persecutor y juzgador y que quien proponga modificaciones legales y reglamentarias relacionadas con los hechos de que conoce sea un órgano colegiado, como es en este caso el TDLC.

El diputado señor Chahin estimó que la facultad de sugerir cambios a la normativa vigente es propia de los órganos de la Administración, como son la FNE y el Ministerio de Economía y, por tanto, dictar una norma especial para conferir expresamente esa atribución solo tiene sentido si ella se asigna a un órgano jurisdiccional, que no tiene naturalmente competencia para ello.

El Ministro de Economía compartió el planteamiento anterior, pero recordó que mantener la facultad de efectuar recomendaciones normativas en el TDLC fue fruto del debate habido en esta Comisión. En ese sentido, destacó que el proyecto consagra un principio en el que todos coinciden, cual es que la fiscalía no requiere habilitación legal especial para hacer tales recomendaciones.

El Subfiscal Nacional Económico hizo presente que los estudios de mercado tienen por finalidad fundamentalmente evaluar la existencia de barreras de entrada a los mercados contenidas en la legislación. Luego, el destinatario natural de los resultados de esa evaluación no es necesariamente el Presidente de la República. De ahí la conveniencia de dotar de autonomía a quien lleva a cabo esos estudios para proponer cambios que mejoren la normativa de libre competencia.

El diputado señor Chahin expresó no ser partidario de que esta facultad sea compartida porque el día de mañana podría haber contradicción entre las propuestas del TDLC y las de la FNE. Le pareció inconveniente que el órgano encargado de interpretar la ley sea el que haga proposiciones para modificarla y observó que, de acuerdo a la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, los ministros son los responsables de definir las políticas públicas y, por tanto, de hacer propuestas regulatorias. Por lo mismo, propuso eliminar la norma que faculta al TDLC para efectuar recomendaciones normativas.

El diputado señor Núñez, don Daniel, planteó que la FNE adquiere a través de su práctica regular una alta especialización que le permite tener un conocimiento acabado de las materias de su competencia, por lo que resulta perfectamente coherente que haga proposiciones regulatorias al Ministro de Economía para que éste decida si las eleva o no al Presidente de la República.

El diputado señor Kast, don Felipe, afirmó que por el contrario, el TDLC tiene la expertise que le da el ser un tribunal especializado, por lo que debe ser exclusivamente éste el que haga tales proposiciones.

Puestas en votación separadamente las indicaciones parlamentarias en comento, fueron rechazadas ambas por 3 votos a favor, 6 votos en contra y una abstención. Votaron por la afirmativa los diputados señores Edwards, don José Manuel; Kast, don Felipe, y Trisotti, don Renzo. Votaron por la negativa los diputados señores Espejo, don Sergio; Jarpa, don Carlos Abel; Núñez, don Daniel; Rocafull, don Luis; Tuma, don Joaquín, y señora Fernández, doña Maya. Se abstuvo el señor Chahin, don Fuad.

La indicación del Ejecutivo al nuevo literal p) que se agrega al artículo 39 en enmienda fue aprobada por 9 votos a favor y una abstención. Votaron por la afirmativa los diputados señores Edwards, don José Manuel; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Jarpa, don Carlos Abel; Núñez, don Daniel; Rocafull, don Luis; Trisotti, don Renzo; Tuma, don Joaquín, y señora Fernández, doña Maya. Se abstuvo el señor Chahin, don Fuad.

Puesta en votación la letra h) que pasó a ser i) del N° 13 del artículo primero, que pasa a ser N° 16, fue aprobada por 8 votos a favor y dos abstenciones. Votaron por la afirmativa los diputados señores Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Jarpa, don Carlos Abel; Núñez, don Daniel; Rocafull, don Luis; Tuma, don Joaquín, y señora Fernández, doña Maya. Se abstuvieron los señores Edwards, don José Manuel, y Trisotti, don Renzo.

Informe de Comisión de Economía

N° 14 pasa a ser 17

Modifica el artículo 39 bis del decreto ley N° 211, de 1973, relativo a la delación compensada, en el sentido que indica.

La letra a) del numeral en comento reemplaza el inciso primero del referido artículo 39 bis, favoreciendo al que ejecute una conducta prevista en la letra a) del artículo 3° (acuerdo colusorio) con la exención o reducción de las sanciones previstas en las letras b (disolución de la persona jurídica), c (multas ascendentes al doble del beneficio obtenido, hasta el 30% de las ventas de la línea de negocios, o hasta 30 mil UTA) y/o d (prohibición de contratar con la Administración del Estado hasta por cinco años, que fue eliminada por la Comisión), todas del artículo 26, cuando aporte a la FNE antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.

El Ejecutivo formuló una indicación (10, a) para reemplazar, en el literal a), la frase "El que ejecute una conducta prevista" por "El que intervenga en alguna de las conductas previstas", cuyo propósito es extender los beneficios de la delación compensada a más de una persona natural, para incentivar la entrega de antecedentes que permitan desbaratar los carteles.

Asimismo, formuló una indicación (10, b) para intercalar en el numeral 14 en comento los siguientes literales b) y c), nuevos, pasando los actuales literales b), c), d) y e), a ser d), e), f) y g), respectivamente:

b) Reemplázase en su inciso segundo la expresión "el ejecutor de" por la frase "quien intervenga en".

c) Sustitúyese el número 2 del inciso segundo por el siguiente:

"2.- Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud, salvo que la Fiscalía autorice expresamente su divulgación; y".

Su objeto es, junto con adecuar el texto a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 39 bis en enmienda, permitir que la FNE pueda autorizar a quienes aporten antecedentes sobre un cartel a divulgar la solicitud de acogerse a los beneficios de la delación compensada.

Los diputados señores Chahin y Espejo formularon una indicación para agregar, a continuación del número 3 del inciso segundo del artículo 39 bis, el siguiente número 4:

"4. En el caso de tratarse de un agente económico con participación en el mercado, proponer un plan de indemnización de los perjuicios ocasionados por la comisión de la conducta, el que deberá ser calificado como suficiente por el Fiscal Nacional Económico al momento de acceder al beneficio de exención o reducción de la disolución, multa o prohibición, en su caso."

Su propósito es agregar un requisito para acceder a alguno de los beneficios de la delación compensada que menciona el inciso primero del artículo en enmienda.

El diputado señor Chahin adujo que es importante que la FNE tenga en consideración la disposición del delator a compensar el daño causado a los consumidores por la operación de un cartel, más allá de la multa que se le pueda aplicar, que por ceder a beneficio fiscal no favorece en nada a los más afectados por su conducta.

La letra b) del numeral en comento, que pasa a ser d), modifica el inciso tercero del artículo 39 bis en la forma que indica.

El Ejecutivo formula indicación (10, c) para sustituir literal b), que pasó ser d), por el siguiente:

d) Sustitúyese en su inciso tercero la frase "Para acceder a la exención de la multa, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso anterior, el ejecutor de" por la frase "Para acceder a la exención de la disolución o multa o prohibición, en su caso, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso anterior, quien intervenga en."

Su objeto es adecuar la norma a lo dispuesto en los incisos anteriores.

Informe de Comisión de Economía

El diputado señor Tuma formuló una indicación para sustituir el inciso tercero del artículo 39 bis, por el siguiente:

"Para acceder a la exención o reducción de la multa, ser eximido de la disolución contemplada en la letra b) del artículo 26, y/o acceder a una exención o reducción de la prohibición, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso anterior, el ejecutor de la conducta deberá ser el primero, o el segundo, que aporte antecedentes a la Fiscalía, dentro del grupo de responsables de la conducta imputada. En caso de ser el segundo que aporte dichos antecedentes, éstos deberán ser adicionales a los presentados por quien primero acompañó antecedentes a la Fiscalía en virtud de este artículo, los cuales para estos efectos, deberán prestar utilidad manifiesta para los fines de la investigación."

La letra c) del numeral en comento, que pasa a ser letra e), reemplaza el inciso cuarto del artículo 39 bis por el que señala.

El Ejecutivo formula indicación (10, d) para reemplazar el literal c), que pasó a ser e), por el siguiente:

e) Reemplázase su inciso cuarto por el siguiente:

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

Su propósito es extender algunos de los beneficios de la delación compensada a quienes, sin ser el primer delator, aporten nuevos antecedentes a la investigación sobre la existencia de un cartel.

El diputado señor Tuma formuló una indicación para derogar el inciso cuarto del referido artículo, por tratar la misma materia que su propuesta de enmienda al inciso tercero.

La letra d) del numeral en comento, que pasa a ser letra f), reemplaza el inciso quinto del artículo 39 bis por el que indica.

El Ejecutivo formula indicación (10, e) para reemplazar el literal d), que pasó a ser f), por el siguiente:

f) Reemplázase su inciso quinto por el siguiente:

"En su requerimiento, el Fiscal individualizará a cada interviniente en la conducta que haya cumplido con los requisitos para acceder a cualquiera de los beneficios a que se refiere el inciso primero. Si el Tribunal diere por acreditada la conducta, no podrá aplicar la disolución o multa o prohibición a quien haya sido individualizado como beneficiario de una exención, como tampoco una multa o prohibición mayor a la solicitada por el Fiscal a quien haya sido individualizado como acreedor de una reducción de las mismas, salvo que se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella."

Finalmente, la letra e) del numeral en comento, que pasa a ser letra g), agrega un nuevo inciso final al artículo 39 bis, que niega el carácter de hecho esencial a la solicitud de acogerse a los beneficios de la delación compensada, para efectos de lo dispuesto en la Ley de Mercado de Valores.

La diputada señora Fernández formuló una indicación para agregar al nuevo inciso final propuesto por el Ejecutivo, en punto seguido, la frase "En ningún caso este régimen de exenciones o reducciones podrá extenderse a la indemnización de los perjuicios que tuviere lugar."

El Ministro de Economía se mostró de acuerdo con esta última indicación y estimó que ella y las propuestas del Ejecutivo aseguran la eficacia de la delación compensada y resguardan adecuadamente el derecho a indemnización de los afectados por la colusión. Agregó que el primer delator podrá eximirse de toda clase de sanciones, pero, para que opere efectivamente la delación compensada, el que aporte antecedentes adicionales después solo podrá reclamar una rebaja de la multa por colusión.

Fueron retiradas todas las indicaciones parlamentarias recaídas en este numeral, salvo la que concita el acuerdo del Ejecutivo.

Puesto en votación el N° 14 del artículo primero del proyecto, que pasa a ser N° 17, con las indicaciones del

Informe de Comisión de Economía

Ejecutivo y la de la diputada señora Fernández, fue aprobado unánimemente, por 10 votos a favor, de los diputados (as) señores (as) Chahin, don Fuad; Edwards, don José Manuel; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Fernández, doña Maya; Jarpa, don Carlos Abel; Kast, don Felipe; Rocafull, don Luis; Trisotti, don Renzo, y Tuma, don Joaquín.

N° 15 que pasa a ser 18

Incorpora en el decreto ley N° 211, de 1973, un artículo 39 ter, que fija el procedimiento para determinar, o en su caso desestimar, la aplicación de las multas contempladas en los literales h) y j) del artículo 39.

Fue aprobado este numeral por asentimiento unánime, por 9 votos a favor, de los diputados (as) señores (as) Edwards, don José Manuel; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Fernández, doña Maya; Jarpa, don Carlos Abel; Kast, don Felipe; Rocafull, don Luis; Trisotti, don Renzo, y Tuma, don Joaquín.

N° 16 que pasa a ser 19

Modifica el artículo 42 del decreto ley N° 211 en el sentido que indica, por motivos de redacción y de concordancia.

Fue aprobado este numeral por unanimidad, por 9 votos a favor, de los mismos señores diputados y señora diputada individualizados en el número anterior.

N° 17 que pasa a ser 20

Incorpora en el decreto ley N° 211, de 1973, un nuevo Título IV, que trata sobre las operaciones de concentración, el cual consta de quince artículos (46 al 60).

El Fiscal Nacional Económico reseñó que la normativa de libre competencia que se estableció por primera vez en Chile en 1959 y que se perfeccionó en 1963 y 1973, nunca ha tenido un sistema de control de fusiones –de hecho, la palabra "fusiones" no está en la ley–, en contraste con lo que ocurre en Europa y Estados Unidos. En el año 2009, se otorga a la FNE la facultad de absolver consultas sobre la materia, que deriva de una práctica de la antigua Comisión Resolutiva y posteriormente del TDLC, en que las partes interesadas podían someter voluntariamente a revisión, a través de un procedimiento no contencioso, las operaciones de concentración. Destacó la importancia de tener hoy en día un control obligatorio de fusiones, cuestión que recomiendan tanto el informe de la Comisión Rosende de 2012 como el de la OCDE de 2014 solicitado en el gobierno anterior por el Ministerio de Economía.

En cuanto a las operaciones que deberán notificarse, explicó que serán tales aquellas que cumplan dos tipos de requisitos: uno de contenido, establecido en el artículo 47 propuesto, cual es que dos o más agentes económicos previamente independientes entre sí dejen de serlo producto de la fusión. Se excluyen, por tanto, las fusiones entre entidades de un mismo grupo empresarial porque se entiende que siguen bajo un mismo controlador. Las demás operaciones excluidas constituyen una lista cerrada, pero con conceptos bastante amplios que se han tomado prestados de la ley N° 18.046, sobre sociedades anónimas, y de la ley N° 18.045, sobre mercado de valores. Se trata, básicamente, de la adquisición de acciones o derechos que influyen decisivamente en la administración de otra sociedad, de asociaciones bajo cualquier modalidad y de la adquisición de activos de otra sociedad, pero no de unidades de negocios, ya que este concepto podría limitarse para eludir el control que dispone la ley. Para estos efectos, se define como agente económico toda entidad que ofrezca o demande productos o servicios; y la regulación incluye operaciones de concentración tanto horizontales como verticales e, incluso, de conglomerado.

El otro requisito, que es copulativo con el anterior, está previsto en el artículo 48 y consiste en un sistema de umbrales dual, que da cuenta de los dineros involucrados en la operación. Habrá un umbral conjunto, que estará dado por la suma de las ventas efectuadas en Chile por las entidades que se fusionan, la que deberá ser igual o superior a un monto que fijará el Ministerio de Economía en un reglamento y que, según se ha adelantado, bordearía los US\$ 80 millones; y un umbral individual, dado por las ventas en Chile de las entidades que se fusionan, el cual alcanzaría los US\$ 14 millones. Estas cifras han sido analizadas por la FNE y aunque es difícil precisar el número de operaciones que superarán los umbrales establecidos, se estima –en base a la experiencia de países con un PNB similar al chileno– que quedarían sujetas al control obligatorio de fusiones entre 45 y 65 operaciones anualmente. Para estos efectos, habrá que precisar el concepto de ventas, pero en principio se incluyen las efectuadas por grupos empresariales y se excluyen las ventas entre grupos, así como los impuestos.

Informe de Comisión de Economía

En cuanto al procedimiento, se contempla una forma de notificación simplificada, que en opinión de la FNE podrá ser utilizado para las fusiones verticales y de conglomerado. Muchas veces es difícil distinguir cuándo una operación es horizontal y cuándo es vertical, pero todos los sistemas que se han revisado hacen que el sistema propuesto incluya fusiones verticales y de conglomerado, aun cuando debieran tener una intensidad distinta de revisión porque donde hay más riesgo para la libre competencia es en las fusiones horizontales.

Habría, por otra parte, notificaciones voluntarias para las operaciones de concentración que no cumplan los requisitos antes señalados, y la FNE podrá revisar de oficio aquéllas que no se sometan voluntariamente a control, para lo cual tendrá un año de plazo contado desde que ellas se perfeccionen, a fin de dar certeza a los agentes económicos.

En el reglamento tendrán que precisarse, por último, los detalles del nuevo articulado propuesto.

El diputado señor Kast, don Felipe, consideró que el plazo de diez días para recurrir al TDLC ante el rechazo de una operación de concentración por parte de la FNE es muy breve, y le preocupó que la fiscalía vaya a poder recurrir a la Corte Suprema si no está de acuerdo con el fallo del TDLC, pues con ello pierde fuerza la lógica que se genera con este sistema para que se llegue rápidamente a un acuerdo en la manera de llevar a cabo la fusión.

El Fiscal Nacional Económico aclaró que el plazo de diez días hábiles es para que el notificante presente el recurso de revisión ante el TDLC, pero no es que éste deba resolverse dentro de dicho término. Hizo presente que, en el caso de un requerimiento por colusión, el plazo para presentar descargos es de quince días y, en el del procedimiento sumario aplicable a las acciones de indemnización de perjuicios, es de cinco días, por lo que no habría en esto un problema relacionado con el debido proceso.

Con respecto a lo segundo, enfatizó que, si el TDLC falla a favor o en contra de la FNE, ésta no tendrá la posibilidad de recurrir a la Corte Suprema, salvo que el tribunal apruebe una operación de concentración imponiendo a los notificantes una medida distinta a las últimas propuestas por éstos a la fiscalía. Ello, porque podría estimar que dicha medida no es idónea para mitigar los riesgos que tuvo en cuenta al rechazar la operación.

Atendidas las explicaciones del Fiscal Nacional Económico, fue retirada una indicación de la diputada señora Fernández al nuevo artículo 46, que se proponía explicitar que tanto las operaciones de concentración horizontales como las verticales y de conglomerado quedarían sujetas a las normas del Título en debate.

Los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe formularon una indicación para agregar al nuevo artículo 46, que se agrega por el numeral en comento, a continuación de la expresión "las operaciones de concentración" la frase "realizadas por agentes económicos del mismo sector o de la misma etapa de un proceso de producción,".

Asimismo, formularon una indicación para agregar al nuevo artículo 47, a continuación de la expresión "dos o más agentes económicos" la locución ", del mismo sector o de la misma etapa de un proceso de producción,".

El diputado señor Bellolio recordó que el bien jurídico protegido es la libre competencia y que el riesgo que se quiere prevenir es que a raíz de una operación de concentración esta disminuya, perjudicando a los consumidores. Sin embargo, puede haber fusiones que generen una mayor eficiencia económica en materia de calidad, innovación, precios, etcétera, que podría beneficiar a los consumidores. Luego, si no se equilibraran ambas cosas, toda operación de concentración debería ser revisada ex ante por un órgano administrativo o judicial, cosa que no es lo que el proyecto propone. De hecho, la fijación de umbrales implica reconocer que hay fusiones más riesgosas que otras y, por tanto, tienen tratamientos diferentes. Por lo mismo, abogó por que solo las fusiones horizontales o entre competidores de un mismo sector sean sometidas a control obligatorio previo, sin perjuicio de que el resto se revise por voluntad de los interesados o con posterioridad a su materialización.

El Fiscal Nacional Económico insistió en que no es fácil saber dónde está el deslinde entre una operación de concentración horizontal y una vertical o de conglomerado. De hecho, la fusión entre D&S y Falabella fue analizada por la FNE de manera horizontal y tenían traslape. Reiteró que el modelo propuesto abarcaría todo tipo de operaciones, haciendo una diferencia en función de las sumas involucradas, pero no sería bueno hacerla en función del sector económico a que pertenecen las empresas que se fusionan porque podría quedar fuera del control preventivo una operación de alto riesgo.

El diputado señor Kast, don Felipe, enfatizó la importancia del umbral para determinar cuántas operaciones de

Informe de Comisión de Economía

concentración entrarán a control preventivo y evitar que colapse el sistema por exceso de notificaciones.

El Fiscal Nacional Económico advirtió que sería muy perjudicial para la fiscalía que el umbral no lograra filtrar realmente los casos dignos de ser fundadamente examinados ex ante porque, como operaría el silencio administrativo, tendría que destinar mucho tiempo a revisar fusiones y dejaría de perseguir carteles u otros atentados efectivos a la libre competencia, dado que para todo ello cuenta con solo cien funcionarios. Reiteró que, según estudios realizados en base al monto de los umbrales que el Ejecutivo ha proyectado, las operaciones que entrarían anualmente al proceso de control obligatorio no superarían las 60 y es por eso que la FNE ha solicitado un aumento de dotación de solo nueve personas.

Puestas en votación conjuntamente las indicaciones parlamentarias precedentes, fueron rechazadas por 2 votos a favor, 7 votos en contra y una abstención. Votaron por la afirmativa los diputados señores Bellolio, don Jaime, y Van Rysselberghe, don Enrique. Votaron por la negativa los diputados señores Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Jarpa, don Carlos Abel; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín, y señora Fernández, doña Maya. Se abstuvo el señor Kast, don Felipe.

El Ejecutivo formuló una indicación (11, a) para reemplazar el artículo 47 propuesto, por el siguiente:

"Artículo 47.- Se entenderá por operación de concentración todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos previamente independientes entre sí dejen de serlo, en cualquier ámbito de sus actividades. Deberán notificarse a la Fiscalía Nacional Económica en forma previa a su perfeccionamiento las operaciones de concentración que, cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 48, involucren a dos o más agentes económicos que, no formando parte de un mismo grupo empresarial:

- a) Se fusionen, cualquiera sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la misma;
- b) Uno o más de ellos adquiera, directa o indirectamente, derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro;
- c) Se asocien bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellas, que desempeñe sus funciones de forma permanente; o
- d) Uno o más de ellos adquiera el control sobre los activos de otro, a cualquier título.

Para los efectos de lo dispuesto en este Título, se entenderá por agente económico toda entidad, o parte de ella, cualquiera sea su forma de organización jurídica o aun cuando carezca de ella, que demande u ofrezca productos o servicios. Se considerará asimismo como un agente económico al conjunto de activos tangibles o intangibles, o ambos, que permitan ofrecer o demandar bienes o servicios."

Fueron retiradas por sus autores sendas indicaciones, de los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe, que tenían por objeto sustituir las letras c) y d) del inciso primero, y el inciso segundo, del artículo en comento, por tratar las mismas materias que la enmienda del Ejecutivo. Respecto de esta última, se dejó constancia de que la referencia a toda entidad que demande u ofrezca bienes o servicios es comprensiva de empresas tanto públicas como privadas.

Puestos en votación los artículos 46 y 47 del Título IV agregado por el numeral 17 en comento, con la indicación del Ejecutivo, fueron aprobados por 7 votos a favor y tres abstenciones. Votaron por la afirmativa los diputados (as) señores (as) Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Jarpa, don Carlos Abel; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín, y señora Fernández, doña Maya. Se abstuvieron los diputados señores Bellolio, don Jaime; Edwards, don José Manuel, y Van Rysselberghe, don Enrique.

El Ejecutivo formuló una indicación (11, b) para modificar el artículo 48 propuesto, que trata de las operaciones de concentración que deben ser notificadas a la FNE, del siguiente modo:

- i) Intercálase en el numeral i) del inciso segundo, entre las frases "las ventas" y "de los agentes económicos", la siguiente frase: "en Chile".
- ii) Modifícase el numeral ii) del inciso segundo del siguiente modo:

Informe de Comisión de Economía

1. Intercálase entre las frases "las ventas" y "del agente económico", la siguiente frase: "en Chile".

2. Reemplázase la frase "el control" por la frase "la influencia decisiva".

iii) Intercálase en el numeral iii) del inciso segundo, entre las frases "las ventas" y "del o los agentes económicos", la siguiente frase: "en Chile".

iv) Intercálase en el inciso tercero, entre la frase "el Reglamento" y el punto y aparte (.), la siguiente frase: ", en la forma que en él se determinen".

v) Modifícase el inciso cuarto del siguiente modo:

1. Intercálase entre las frases "este artículo" y "los agentes económicos", la siguiente expresión: "conjuntamente".

2. Elimínase la frase "En el caso de activos, dicha obligación corresponderá a las personas titulares de los mismos."

vi) Elimínase el inciso quinto.

vii) Agrégase en el actual inciso séptimo, que pasó a ser sexto, a continuación del punto y aparte (.), que pasa a ser seguido, la siguiente frase:

"En caso de que la modificación que los notificantes pongan en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica resulte significativa, el Fiscal Nacional Económico dictará una resolución declarando lo anterior, a partir de la cual los plazos del procedimiento comenzarán a contabilizarse como si se tratase de una nueva notificación."

Su objeto es especificar que los umbrales que gatillan el control preventivo obligatorio de fusiones serán establecidos en función de las ventas efectuadas en Chile por los notificantes, sumando en su caso las de aquel agente económico que adquiera influencia decisiva en la administración y no necesariamente el control de otro. Se dispone, además, que el reglamento fijará la forma de hacer las deducciones que señala el inciso tercero y que la obligación de notificar la fusión recae en forma conjunta en los agentes económicos que hayan tomado parte en ella, entre otras cosas.

Fue retirada, por lo mismo, una indicación de los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe, para agregar en la letra b) del nuevo artículo 48, a continuación de la expresión "generado ventas" la locución "en Chile".

Con todo, los mismos señores diputados formularon sendas indicaciones para:

1. Eliminar en el numeral i) del inciso segundo del nuevo artículo 48 la frase ", y las de sus respectivos grupos empresariales";

2. Eliminar en el numeral ii) del inciso segundo del nuevo artículo 48 la frase ", las de todo su grupo empresarial", y

3. Eliminar en el numeral iii) del inciso segundo del nuevo artículo 48 la frase ", las de sus respectivos grupos empresariales".

El diputado señor Bellolio argumentó que las ventas que interesa considerar para fijar los umbrales son las de los agentes económicos que se fusionan y que participan del mismo mercado relevante, el cual está dado por los productos que ofrecen o demandan, porque puede ocurrir que una empresa con distintas líneas de negocios quiera fusionarse con un competidor en un mercado donde la suma de las ventas de ambos no alcancen a traspasar el umbral y no sería lógico sumar los ingresos provenientes de todas sus operaciones para someter esa fusión al control preventivo obligatorio.

El Subfiscal Nacional Económico explicó que, según la experiencia comparada de países que cuentan con sistemas de control de fusiones, cuando una empresa adquiere la propiedad de otra se produce la evasión del control por la vía de generar una empresa nueva que actúa como adquirente, de manera tal que esta no registra ventas, por lo que al sumarlas con las de la empresa adquirida no se alcanza el umbral establecido. Lo que se busca al hacer referencia a las ventas del grupo empresarial es justamente evitar esta posibilidad y por eso es que el umbral

Informe de Comisión de Economía

conjunto proyectado por el Ejecutivo bordea los US\$ 80 millones; y sería mucho más bajo si solo estuviera referido a la línea de negocios. Entonces, lo importante, para efectos de determinar el verdadero poder de mercado de la fusión, son las ventas de todo el grupo empresarial que compra y no las de la unidad adquirida.

Puestas en votación las indicaciones parlamentarias en comento, fueron rechazadas por 2 votos a favor, 7 votos en contra y una abstención. Votaron por la afirmativa los diputados señores Bellolio, don Jaime, y Van Rysselberghe, don Enrique. Votaron por la negativa los diputados señores Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Jarpa, don Carlos Abel; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín, y señora Fernández, doña Maya. Se abstuvo el señor Kast, don Felipe.

Los diputados señores Chahin y Espejo formularon una indicación para agregar en el artículo 48 el siguiente inciso penúltimo, pasando el actual a ser inciso final:

"El Reglamento del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo que establezca los umbrales deberá dictarse a través de un procedimiento público y transparente, previo informe de la Fiscalía Nacional Económica, procurándose que los umbrales comprendan sólo aquellas operaciones de concentración que sean relevantes para el sistema."

Su propósito es homologar de alguna forma lo que ocurre con el proceso de elaboración de circulares por parte de las superintendencias, donde las normas que se pretende dictar se someten previamente a consulta pública para recibir observaciones de sus destinatarios; y la idea es que en este caso participe también la FNE en el procedimiento de elaboración del reglamento en cuestión.

Puesta en votación la indicación precedente, fue aprobada unánimemente, por 10 votos a favor, de los diputados (as) señores (as) Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Fernández, doña Maya; Jarpa, don Carlos Abel; Kast, don Felipe; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín, y Van Rysselberghe, don Enrique.

Los mismos señores diputados formularon una indicación para agregar en el artículo 48 un inciso final nuevo del siguiente tenor:

"Sin perjuicio de lo anterior, deberán notificarse todas las operaciones que se realicen en mercados reconocidos como concentrados."

El diputado señor Espejo adujo que hay ciertos mercados que son evidentemente concentrados, como son el de los combustibles o el de los asfaltos, y sería de toda lógica que en ellos la notificación de las fusiones se realizara per se, sin atender a la superación de los umbrales. El diputado señor Chahin planteó que esto tendría la lógica de una especie de supervisión por riesgo, considerando que las operaciones de concentración son más riesgosas para los mercados concentrados, por lo que debiera establecerse para ellas una norma especial.

El Fiscal Nacional Económico lo consideró innecesario y estimó que además generaría incertidumbre porque habría que definir a priori qué es un mercado concentrado, lo que no sería acorde con la realidad siempre cambiante, o determinarlo caso a caso, lo que podría llevar meses. Sostuvo que el mecanismo previsto en los artículos 47 y 48 debiera funcionar, sobre todo, en aquellos casos en que las operaciones de concentración representen mayor riesgo para la libre competencia, como es que ellas se produzcan en un mercado ya de por sí concentrado.

El diputado señor Poblete abogó por definir qué es un mercado concentrado.

El diputado señor Kast, don Felipe, observó que el sistema de control de fusiones propuesto apunta a que sean evaluadas la mayor parte de las operaciones de concentración que se produzcan y lo más probable es que las que involucren mayores cifras de ventas sean justamente las que tienen lugar en mercados concentrados.

Fue retirada la indicación en comento.

El diputado señor Kast, don Felipe, formuló una indicación para agregar en el nuevo artículo 48 un inciso final del siguiente tenor:

"El Reglamento deberá ser oficiado, previo a su dictación, al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a los efectos (de que) manifieste su opinión respecto del umbral o umbrales que se fijan en dicho cuerpo normativo."

Informe de Comisión de Economía

El diputado señor Espejo consideró excesivo que en el proceso de elaboración del Reglamento a que se refiere la norma sea consultado también el TDLC, ya que éste tiene un rol diferente al de la FNE. El diputado señor Chahin dijo no ser partidario de otorgarle a un órgano jurisdiccional la facultad de participar en la elaboración de las normas que está llamado a aplicar.

El Fiscal Nacional Económico no le vio inconveniente al hecho de que se le pida opinión al TDLC para establecer los umbrales, ya que ésta no será vinculante.

El diputado señor Belloio recordó que la Comisión aprobó la norma que permite al TDLC efectuar recomendaciones normativas al Ejecutivo (además de dictar por sí solo instrucciones de carácter general dirigidas a particulares). En concordancia con aquello, propuso incluir al TDLC en la indicación de los diputados Chahin y Espejo, con adecuaciones de redacción.

Puesta en votación la indicación referida, fue aprobada por 8 votos a favor, 1 voto en contra y dos abstenciones, con la enmienda de reemplazar en ella la palabra "oficiado" por "consultado". Votaron por la afirmativa los diputados señores Belloio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Edwards, don José Manuel; Farcas, don Daniel; Jarpa, don Carlos Abel; Kast, don Felipe; Tuma, don Joaquín, y Van Rysselberghe, don Enrique. Votó por la negativa el diputado señor Espejo, don Sergio. Se abstuvieron la señora Fernández, doña Maya, y el señor Poblete, don Roberto.

Los diputados señores Chahin y Espejo formularon una indicación para incorporar el siguiente artículo 48 bis:

"Artículo 48 bis.- Mediante oficio al Servicio Nacional del Consumidor, la Fiscalía Nacional Económica notificará operaciones de concentración, sin importar el tamaño de éstas, que se consideren potencialmente dañinas para los consumidores."

Su propósito es que la FNE consulte al Sernac en los casos que indica.

El Presidente de la Comisión declaró inadmisibles las indicaciones, por tratar una materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, como es asignar funciones a un servicio público (artículo 65, inciso cuarto, ordinal 2°, CPR).

El Ejecutivo formuló las siguientes indicaciones:

11, c) para modificar el artículo 50 en el sentido siguiente:

i) Reemplázase en el inciso segundo el guarismo "5" por "10".

ii) Reemplázase en el inciso tercero la frase "Si el Fiscal no hubiere efectuado dicha notificación" por la siguiente: "Si el Fiscal no hubiere efectuado dicha comunicación".

iii) Reemplázase en el inciso final el guarismo "5" por "10".

Su objeto es ampliar los plazos que tiene la FNE para verificar que la notificación de una fusión cumpla los requisitos que establece la ley para considerarla completa y el que tienen los notificantes para subsanar los errores u omisiones de que ella adolezca.

11, d) para reemplazar el artículo 51 por el siguiente:

"Artículo 51.- La resolución que ordene el inicio de la investigación será publicada resguardando la información confidencial de los notificantes."

11, e) para modificar el artículo 53 del siguiente modo:

i) Reemplázase en el inciso primero la frase "así como de los riesgos que la operación notificada pueda producir para la libre competencia" por la frase "y tendrá derecho a que se le informe, antes que el Fiscal Nacional Económico dicte alguna de las resoluciones de los artículos 54 o 57, de los riesgos que la operación notificada pueda producir para la libre competencia basado en los antecedentes de la investigación".

ii) Agrégase el siguiente inciso final:

Informe de Comisión de Economía

"Con el fin de determinar si las medidas ofrecidas por los notificantes se hacen cargo de resolver los riesgos para la competencia derivados de la operación de concentración, así como sus posibles efectos sobre el mercado, el Fiscal Nacional Económico podrá ponerlas en conocimiento de terceros interesados."

11, f) para modificar el artículo 54 del siguiente modo:

i) Reemplázase en el inciso primero el guarismo "25" por "30".

ii) Elimínase en el literal b) del inciso primero la frase "o que el Fiscal Nacional Económico estime pertinentes".

Su propósito es ampliar el plazo para que la FNE resuelva sobre la operación de concentración notificada y suprimir la posibilidad de que ésta sujeta su aprobación al cumplimiento de medidas de mitigación que no hayan sido ofrecidas por los notificantes.

Puestos en votación los artículos 48 al 54 del Título IV, con las indicaciones del Ejecutivo, fueron aprobados por asentimiento unánime, por 10 votos a favor, de los diputados (as) señores Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Edwards, don José Manuel; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Fernández, doña Maya; Jarpa, don Carlos Abel; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín, y Van Rysselberghe, don Enrique.

El Ejecutivo formuló una indicación (11, g) para modificar el artículo 55 del nuevo Título IV, del siguiente modo:

i) Reemplázase en el inciso primero la frase "al notificante dentro del mismo plazo establecido para su dictación. Adicionalmente," por la frase "sin demora al notificante. Adicionalmente, luego de comunicada la resolución al notificante,".

ii) Reemplázase en el inciso segundo la expresión "dictado" por la frase "publicado en su web institucional".

iii) Agrégase el inciso final siguiente, nuevo:

"El expediente será público a partir de la publicación a que hace referencia el inciso anterior. Ello, sin perjuicio de que el Fiscal Nacional Económico pueda disponer de oficio o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales de conformidad a lo dispuesto en el párrafo tercero del literal a) del artículo 39. Quienes soliciten la reserva o confidencialidad de los antecedentes presentados deberán acompañar versiones públicas de los mismos. Cuando la reserva o confidencialidad sea decretada de oficio por el Fiscal Nacional Económico, éste podrá requerir al aportante de los antecedentes que acompañe versiones públicas de éstos."

El diputado señor Chahin (Presidente Accidental) consideró inconveniente modificar un plazo cierto como es el del artículo 54 (30 días hábiles) para notificar la resolución de la FNE recaída en la operación de concentración en trámite por otro incierto como es el que surge de la expresión "sin demora".

El Fiscal Nacional Económico señaló que el propósito de la enmienda es que la resolución final de la fiscalía se dicte dentro del plazo global de treinta días que establece el artículo 54, de modo que las notificaciones a que haya lugar se practiquen tan pronto como sea posible para evitar que transcurra dicho término y opere el silencio administrativo.

El diputado señor Chahin (Presidente Accidental) observó que el artículo 55 en enmienda se refiere a todas las resoluciones que fueren dictadas conforme al artículo 54, lo cual importa una ambigüedad insólita.

Puesta en votación la letra i) de la indicación del Ejecutivo en comentario, fue rechazada por unanimidad, por 10 votos en contra, de los diputados (as) señores (as) Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Edwards, don José Manuel; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Fernández, doña Maya; Jarpa, don Carlos Abel; Kast, don Felipe; Poblete, don Roberto, y Van Rysselberghe, don Enrique.

El diputado señor Núñez, don Daniel, formula indicación para agregar el siguiente inciso tercero, nuevo, al artículo 55 propuesto:

"Las asociaciones de consumidores con representación nacional y que tengan una vigencia de tres años, a lo menos, podrán presentar operaciones de concentración para que sean investigadas por la Fiscalía Nacional

Informe de Comisión de Economía

Económica. Para tales efectos, dicho organismo deberá elaborar un reglamento que regule la participación de las organizaciones de consumidores."

Se declaró inadmisibles estas indicaciones por tratar una materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, como es asignar a la FNE la función de elaborar un reglamento (artículo 65, inciso cuarto, ordinal 2°, CPR).

El Ejecutivo formuló las siguientes indicaciones:

11, h) para reemplazar en el artículo 56 la frase "deberá solicitar al notificante la información que requiera para tomar la decisión de la que trata el artículo siguiente" por la frase "podrá ejercer las facultades a las que alude el artículo 52".

11, i) para modificar el artículo 57 del siguiente modo:

i) Elimínase en el literal b) del inciso primero la frase "o que el Fiscal Nacional Económico estime pertinentes".

ii) Reemplázase el inciso segundo por el siguiente:

"Cumplido el plazo establecido en la resolución que ordene extender la investigación sin que el Fiscal Nacional Económico hubiere tomado alguna de las tres decisiones señaladas, se entenderá que ha aprobado la operación de que se trata. La autorización se considerará pura y simple, aun cuando el notificante hubiere ofrecido medidas."

11, j) para eliminar en el artículo 59 la frase "Los demás plazos, cuando vengán en días inhábiles, se entenderán prorrogados hasta el primer día hábil siguiente."

11, k) para modificar el artículo 60 del siguiente modo:

i) Reemplázanse en el inciso segundo los guarismos "10" y "30" por "30" y "60", respectivamente.

ii) Reemplázase el inciso tercero por el siguiente:

"Se suspenderán asimismo los plazos señalados en el inciso primero cuando el notificante ofrezca medidas de acuerdo con lo establecido en el inciso tercero del artículo 53. El cumplimiento del plazo contemplado en el inciso primero del artículo 54 o el contemplado en el inciso primero del artículo 57, se suspenderá hasta por un plazo máximo de 10 o 15 días, respectivamente."

El propósito de estas indicaciones es adecuar las normas en que recaen al resto del articulado en lo que respecta a las facultades que la FNE puede ejercer respecto de los notificantes, a los plazos de que dispone para dictar sus resoluciones, incluida la posibilidad de suspender temporalmente el procedimiento, y a las condiciones en que se entenderá aprobada una fusión respecto de la cual haya operado el silencio administrativo.

Fueron retiradas sendas indicaciones parlamentarias al artículo 57, una de los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe, y otra del diputado señor Kast, don Felipe, que tenían por objeto hacer procedente el recurso de revisión especial dispuesto en el último inciso del mismo precepto, contra la resolución de la FNE que aprobara una operación de concentración sujeta a medidas que no hubieran sido propuestas por los notificantes, por haberse suprimido esa posibilidad.

Puestos en votación los artículos 55 al 57, con las indicaciones del Ejecutivo (excepto la letra i) de la recaída en el primero de ellos), fueron aprobados en forma unánime, por 11 votos a favor, de los diputados (as) señores (as) Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Edwards, don José Manuel; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Fernández, doña Maya; Jarpa, don Carlos Abel; Kast, don Felipe; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín y Van Rysselberghe, don Enrique.

El artículo 58 fue aprobado por igual votación, lo mismo que los artículos 59 y 60 con las indicaciones del Ejecutivo recaídas en ellos.

Artículo segundo

N° 1

Informe de Comisión de Economía

Modifica el epígrafe del párrafo 7 del Título VI, del Libro II del Código Penal, incorporando en él una referencia a los delitos relativos a la libre competencia.

Fue aprobado el numeral en comento por 7 votos a favor y una abstención. Votaron por la afirmativa los diputados señores Chahin, don Fuad; Edwards, don José Manuel; Espejo, don Sergio; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín; Van Rysselberghe, don Enrique, y señora Fernández, doña Maya. Se abstiene el señor Núñez, don Daniel.

Los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe formularon una indicación para eliminar el artículo 285 del Código Penal.

El diputado señor Edwards argumentó que no queda claro el aporte que hace el precepto en cuestión a la defensa de la libre competencia, por cuanto habla de precios naturales, concepto que no se define.

El diputado señor Chahin consideró válida, pero inoportuna, la discusión que se plantea con esta indicación, ya que en la actualidad hay juicios penales pendientes basados en esta norma, que están siendo revisados por la Corte Suprema vía recurso de nulidad y, si se derogara la disposición en comento, en virtud del principio pro reo no podría iniciarse un nuevo juicio fundado en ella, dejando en la impunidad a los querellados.

El diputado señor Edwards advirtió que, para evitar dicho efecto, se ha presentado también una indicación destinada a prorrogar transitoriamente la vigencia del artículo 285 del Código Penal, no obstante su derogación. Planteó que lo que se debe perseguir es que dos o más agentes económicos se pongan de acuerdo para fijar un precio o una cuota de mercado, pero los simples paralelismos que pueden alterar el precio natural de un producto pueden ser considerados fruto de la inteligencia de la persona que está manejando su negocio, como sería, por ejemplo, si un distribuidor de combustibles igualara el precio de venta con un competidor, sin previo acuerdo entre ellos.

El diputado señor Chahin hizo presente que sería contrario a la garantía constitucional del debido proceso y al principio de legalidad de la pena mantener un tipo penal vigente a través de una norma transitoria. No puede derogarse de modo general el artículo 285 del CP y hacerlo subsistir solo para ser aplicado a ciertos casos pendientes. Por lo demás, si se mantuviera el tipo penal en los términos propuestos y hubiera sentencia condenatoria en un nuevo juicio, tampoco podría cumplirse en su totalidad la pena aplicada si su duración superara el plazo de vigencia provisional de la norma derogada, pues en virtud del principio pro reo debería modificarse dicha sentencia para aplicar al afectado la ley más favorable.

El diputado señor Espejo planteó que la derogación del precepto en cuestión, en momentos en que hay procesos penales en curso en los que podría ser aplicable, importaría la violación de la norma constitucional que prohíbe al Congreso Nacional avocarse causas pendientes. Por esa razón, anunció su voto en contra de la indicación en comento, aun cuando considera que a futuro sería conveniente reevaluar la derogación propuesta.

El Ministro de Economía sostuvo igualmente que, por respeto al principio de separación de los poderes del Estado, consagrado en el artículo 76 de la Constitución Política, no sería prudente legislar sobre la vigencia del artículo 285 del CP habiendo causa pendiente en la que éste pudiera incidir.

Puesta en votación la indicación precedente, fue rechazada por 3 votos a favor y 6 votos en contra. Votaron por la afirmativa los diputados señores Edwards, don José Manuel; Lavín, don Joaquín, y Van Rysselberghe, don Enrique. Votaron por la negativa los diputados señores Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Núñez, don Daniel; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín, y señora Fernández, doña Maya.

N° 2

Agrega al Código Penal tres nuevos artículos 286 bis, 286 ter y 286 quáter.

El artículo 286 bis propuesto tipifica el delito de colusión, sancionándolo con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo (5 años y un día a diez años).

Los diputados señor Poblete y señora Fernández formularon una indicación para reemplazar, en el nuevo artículo 286 bis, la expresión "reclusión mayor en su grado mínimo" por la expresión "reclusión mayor en su grado medio".

La diputada señora Fernández adujo que la colusión es un delito grave, que atenta contra el equilibrio de los

Informe de Comisión de Economía

mercados y afecta principalmente a los consumidores; consiste en una acción concertada que se ejecuta con dolo directo y por eso se debe castigar con mayor severidad.

El diputado señor Chahin sugirió cambiar la pena de reclusión por la de presidio, de modo que los condenados por colusión queden sujetos a los trabajos prescritos por los reglamentos carcelarios. Hizo presente que la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento está votando el proyecto denominado "agenda corta contra la delincuencia", en el cual se sancionan justamente con presidio los delitos contra la propiedad privada; y, siendo la colusión un delito económico que afecta en su patrimonio a muchas más personas, eximir a los culpables de cumplir trabajos intra-penitenciarios le parece un privilegio incomprensible.

El diputado señor Farcas estimó necesario sancionar la colusión con una pena aflictiva, ya que quienes apoyan el libre mercado no pueden sino procurar establecer los incentivos adecuados para que la competencia sea efectiva. Destacó que lo que hace el proyecto en debate no es coartar la libre competencia, sino, por el contrario, establecer reglas del juego claras y garantizar que tales reglas se respeten para que la gente pueda sentirse segura, castigando a quienes hacen trampa.

El diputado señor Chahin planteó, en relación con la cuantía de la pena asignada al delito de colusión, que producto de la concurrencia de ciertas circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, como serán probablemente la irreprochable conducta anterior y la colaboración sustancial a lo menos, no habrá en estos casos pena de cárcel efectiva si es que no se eleva la pena propuesta por el Ejecutivo.

Por esa razón, junto con el diputado señor Espejo, formuló una nueva indicación para reemplazar, en el artículo 286 bis propuesto, la expresión "reclusión mayor en su grado mínimo" por la expresión "presidio mayor en sus grados mínimo a medio", recordando que lo que inhibe realmente las conductas colusorias, según los penalistas que concurrieron a la Comisión, es el riesgo de ser efectivamente privado de libertad; de lo contrario, se diluiría el propósito de establecer un tipo penal sobre la materia.

A su vez, los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe formularon una indicación para agregar en el nuevo artículo 286 bis, entre las frases "competidores entre sí," y "persiguiendo cualquiera", la siguiente frase: "y que afecten la libre competencia en el mercado relevante".

El diputado señor Edwards sostuvo que la colusión es el peor de los delitos contra la libre competencia y que el solo hecho de concertarse para fijar un precio debe ser sancionado sin importar si tiene consecuencias o no. También consideró razonable que exista una sanción penal, por ser ésta la única que no puede ser cumplida por otra persona natural o jurídica, o compensada por otra vía. Sin embargo, recordó que el objetivo de la ley no es encarcelar a las personas, sino evitar que haya carteles, para lo cual el mecanismo de la delación compensada debe contar con los incentivos adecuados para operar.

Con respecto a la indicación, señaló que su objetivo es distinguir entre aquellos actos de colusión que produzcan consecuencias en el mercado y aquellos que no, castigando con cárcel solamente los primeros, sin perjuicio de aplicar a los segundos otro tipo de sanciones.

El diputado señor Bellolio recordó que desde los tiempos de Adam Smith se ha planteado que la colusión golpea el corazón de la libertad económica, dañando no solo a los consumidores sino al ethos mismo del libre mercado. Planteó que el sistema de defensa de la libre competencia que ha elegido Chile es distinto al de Estados Unidos y Europa y, por tanto, debe contemplar también soluciones diferentes. En tal sentido, estimó que la fórmula propuesta por el Gobierno es errada porque no cumpliría el objetivo de desbaratar carteles, toda vez que la delación compensada se vería profundamente debilitada con el establecimiento de una sanción penal y más aún si la pena es demasiado elevada. Recordó que el año 2014 fue rechazado por varios diputados hoy presentes en esta Comisión un proyecto de algunos parlamentarios de la UDI que proponían para el delito de robo en lugar habitado la misma pena que el Ejecutivo propone ahora para la colusión. Instó a ser consistentes con esa decisión y considerar que, si bien la colusión constituye un delito grave, el bien protegido es el buen funcionamiento de los mercados y no la vida o integridad física y psíquica de las personas, por lo que es importante que el sistema quede bien regulado para que funcione adecuadamente. En tal sentido, no le pareció buena idea extender el rango de la pena asignada al delito y sí abogó por circunscribir la conducta típica a los actos colusorios que afecten la competencia en el mercado relevante.

El Ministro de Economía reveló que la pena propuesta es razonable, equilibrada y suficiente, y negó que no vaya a

Informe de Comisión de Economía

haber cárcel efectiva para los condenados por colusión, pues la norma está redactada de manera tal que impide a los responsables acceder a salidas alternativas en el procedimiento penal o a penas sustitutivas de las privativas de libertad.

El diputado señor Espejo sostuvo que la conducta reprochada en este caso es la colusión, independientemente de que tenga efecto o no en el mercado y, por tanto, la sanción penal debe aplicarse a quienes celebren un acuerdo con la intención positiva de alterar el funcionamiento de ese mercado, sin importar si lo consiguen o fracasan. Manifestó que la propuesta de sancionar penalmente la colusión está perfectamente balanceada con la figura de la delación compensada, cuyos beneficios es partidario de otorgar sólo al que proporcione antecedentes para dar inicio a una investigación y no a quienes opten por entregar más información cuando ya saben que han sido denunciados, y consideró razonable la cuantía de la pena sugerida por el Ejecutivo.

El diputado señor Chahin insistió en que la concurrencia de circunstancias atenuantes permitirá a los condenados por colusión obtener una rebaja de la pena efectiva y acceder a las penas sustitutivas de la ley N° 18.216, puesto que ésta dispone que ellas proceden si la pena impuesta en la sentencia (y no la pena abstracta asignada al delito por la ley) no excede de cinco años.

El señor Jorge Grunberg afirmó que la ley N° 20.603 modificó la N° 18.216, estableciendo que las medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, como la reclusión nocturna o la libertad vigilada, no son aplicables a los delitos que llevan consigo penas de crimen, y así lo consigna el mensaje del Ejecutivo que dio origen al proyecto en debate. Por ello, aseguró que, aunque operen varias atenuantes que permitan rebajar la pena asignada al delito, igual habrá cárcel efectiva para los condenados por colusión, ya que no podrán acceder a las penas alternativas en comento.

El Ministro de Economía descartó que la sola igualación de precios entre competidores, sin acuerdo previo entre ellos, vaya a poder castigarse a título de colusión, dado que la conducta tipificada en el artículo 286 bis propuesto consiste en celebrar, implementar, ejecutar u organizar acuerdos, convenciones, contratos o convenios que involucren a dos o más competidores y que persigan fijar precios, limitar la producción, etcétera. Es decir, debe haber un acuerdo explícito destinado a esos fines, cuya existencia debe probarse más allá de toda duda razonable, por lo que no hay riesgo alguno de que aquello acontezca.

En cuanto a la necesidad de que el acuerdo colusorio produzca un daño efectivo en el mercado para ser sancionado penalmente, trajo a colación lo señalado en su momento para justificar el haber suprimido la exigencia contenida en la ley vigente en orden a que el acuerdo debe conferir poder de mercado a los agentes económicos involucrados, insistiendo en que la gravedad de la conducta la hace merecedora de ser castigada per se.

El diputado señor Núñez, don Daniel, señaló que, en lo personal, no está muy convencido de las bondades de la libre competencia, al menos como la conocemos hoy, pues en el sistema capitalista ésta tiende a la concentración de la riqueza y a la creación de monopolios, así como a la generación de lo que un teórico marxista llamó en su momento el imperialismo, todo lo cual difiere del modelo perfecto planteado por Adam Smith. Con todo, compartió plenamente que la colusión es el peor escenario al que puede enfrentarse una economía de corte capitalista, pero estimó que aquella es connatural a ésta y, por consiguiente, si no hay leyes que la limiten y la sancionen, habrá muchos casos de colusión tanto entre grandes como entre medianas y pequeñas empresas. Le preocupan en este sentido los denominados delitos de cuello y corbata, pues siendo tanto o más graves que los cometidos por personas de escasos recursos, terminan siempre sin castigo efectivo, como no sea un sacrificio patrimonial que solo unos pocos pueden hacer. Planteó que la colusión puede incluso afectar la vida de la población, como cuando las farmacias se ponen de acuerdo para alzar el precio de ciertos medicamentos que algunas personas no pueden costear, razón por la cual se manifestó de acuerdo con la propuesta de elevar el rango de la pena asignada a este delito, como propone la indicación de los diputados Chahin y Espejo.

El diputado señor Poblete hizo notar que todos los gerentes de las empresas que se han coludido en el país recibieron la mejor educación a la que podían aspirar y, por tanto, no cabe sino pensar que su actitud conlleva un problema cultural, pues parecen considerar que es correcto aprovecharse de la necesidad de otros para sacar ventajas económicas. Luego, para detener esto, hay que tomar medidas muy drásticas porque el daño que hace esta elite intelectual al resto de la población es gravísimo. Pidió, por lo mismo, que se vote la indicación de su autoría para elevar el rango de la pena aplicable al delito de colusión.

El diputado señor Tuma (Presidente) planteó la conveniencia de salvar el caso de las empresas de menor tamaño,

Informe de Comisión de Economía

haciendo aplicables a estas sanciones administrativas pero no penales en casos de concertación de precios u otros.

El Ministro de Economía aclaró que la sanción penal está circunscrita a la celebración de acuerdos expresos, quedando excluidos los acuerdos tácitos y las prácticas concertadas. En cuanto a su aplicación a las EMT, piensa que éstas no deben excluirse a priori, pero la FNE deberá ponderar su situación para ejercer la acción penal.

Puesta en votación la indicación de los diputados señor Poblete y señora Fernández, se registraron 3 votos a favor, 3 votos en contra y seis abstenciones, dándose por rechazada por falta de quórum. Votaron por la afirmativa sus autores y el diputado señor Núñez, don Daniel. Votaron por la negativa los diputados señores Bellolio, don Jaime; Lavín, don Joaquín, y Van Rysselberghe, don Enrique. Se abstuvieron los señores Chahin, don Fuad; Edwards, don José Manuel; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Jarpa, don Carlos Abel, y Tuma, don Joaquín.

La indicación de los diputados señores Chahin y Espejo registró 4 votos a favor, 4 votos en contra y cuatro abstenciones, dándose también por rechazada por falta de quórum. Votaron por la afirmativa los diputados señores Chahin, don Fuad; Núñez, don Daniel; Poblete, don Roberto, y señora Fernández, doña Maya. Votaron por la negativa los diputados señores Bellolio, don Jaime; Lavín, don Joaquín; Tuma, don Joaquín, y Van Rysselberghe, don Enrique. Se abstuvieron los señores Edwards, don José Manuel; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel, y Jarpa, don Carlos Abel.

La de los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe fue rechazada por 4 votos a favor y 8 votos en contra. Votaron por la afirmativa sus autores. Votaron por la negativa los diputados señores Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Jarpa, don Carlos Abel; Núñez, don Daniel; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín, y señora Fernández, doña Maya.

El diputado señor Chahin formuló una nueva indicación para reemplazar, en el inciso primero del artículo 286 bis, la expresión "reclusión" por "presidio", siendo aprobada por 10 votos a favor y dos abstenciones. Votaron por la afirmativa los diputados señores Chahin, don Fuad; Edwards, don José Manuel; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Jarpa, don Carlos Abel; Lavín, don Joaquín; Núñez, don Daniel; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín, y señora Fernández, doña Maya. Se abstuvieron los diputados señores Bellolio, don Jaime, y Van Rysselberghe, don Enrique.

Los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe formularon una indicación para agregar el siguiente inciso final al artículo 286 bis:

"Quedarán sin efecto las multas que se hubieren aplicado o la responsabilidad solidaria que se hubiere hecho efectiva de conformidad a lo establecido en el artículo 26 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, a aquellas personas que, por los mismos hechos, sean sancionadas de acuerdo al presente artículo."

Su propósito es cautelar el principio non bis in ídem, evitando que se sancione dos veces a una persona por los mismos hechos, con sanciones distintas y en procesos judiciales paralelos.

El diputado señor Bellolio refutó los argumentos del Ejecutivo y del diputado señor Chahin, basados en la opinión del Ministerio Público remitida a esta Comisión, enfatizando que, si bien puede haber procesos de distinta naturaleza destinados a hacer efectivas responsabilidades de distinto carácter derivadas de un mismo hecho, en la especie no se cumple esta premisa, pues el TDLC y los juzgados con competencia en materia criminal son órganos jurisdiccionales. De ahí la propuesta de que se aplique una sola sanción en estos casos, dejando subsistente la más grave. En todo caso, planteó que para que haya sanción penal debe haber daño efectivo y no solo ánimo de producirlo, opinión que fue contradicha por el diputado Chahin, haciendo notar que en ciertos delitos contra la fe pública y en los de peligro en general, no es necesario que se produzca un resultado concreto para que se configure la conducta típica.

Sometida a votación la indicación precedente, fue rechazada por 4 votos a favor y 8 votos en contra. Votaron por la afirmativa sus autores. Votaron por la negativa los diputados señores Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Jarpa, don Carlos Abel; Núñez, don Daniel; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín, y señora Fernández, doña Maya.

Puesto en votación el artículo 286 bis propuesto por el Ejecutivo (con la enmienda de reemplazar la palabra

Informe de Comisión de Economía

"reclusión" por "presidio"), fue aprobado por unanimidad, por 12 votos a favor, de los diputados (as) señores (as) Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Edwards, don José Manuel; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Fernández, doña Maya; Jarpa, don Carlos Abel; Lavín, don Joaquín; Núñez, don Daniel; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín, y Van Rysselberghe, don Enrique.

Fue retirada una indicación del diputado señor Poblete para intercalar en el inciso primero del nuevo artículo 286 bis del Código Penal, entre las expresiones "entre sí," y "persiguiendo", la oración "o bien a dos o más actores diversos de un mismo proceso productivo o administrativo,". Ello, en razón de que la hipótesis fáctica del tipo penal propuesto por el Ejecutivo comprende la situación a que esta se refiere.

El artículo 286 ter que se agrega al CP por el numeral en comento exime de responsabilidad criminal a la persona que primero aporte antecedentes a la FNE sobre la existencia de un cartel, accediendo así a los beneficios de la delación compensada, establecidos en el inciso tercero del artículo 39 bis del decreto ley N° 211.

Los diputados señores Chahin, Espejo y Poblete formularon una indicación para intercalar en el artículo 286 ter, entre las expresiones "estará exento de responsabilidad criminal" y "el que primero hubiese aportado", la frase "por los delitos establecidos en los artículos 285 y 286 bis".

El diputado señor Chahin adujo que, en virtud de los principios de no distinción (donde la ley no distingue no es lícito al intérprete hacerlo) y pro reo (la ley penal debe interpretarse siempre a favor del imputado), podría entenderse que la exención de responsabilidad penal que establece la disposición en comento abarca la derivada de otros delitos económicos, como los previstos en la Ley de Mercado de Valores, e incluso la proveniente de atentados contra otros bienes jurídicos (vida, propiedad, etcétera). De ahí que, con el ánimo de acotar la exención al delito de colusión, la indicación busca explicitar que ella se extiende únicamente a la responsabilidad derivada del tipo penal contenido en el artículo 286 bis del CP, pero también, dado que no es posible derogar por ahora el artículo 285, a la que pueda resultar del de alteración fraudulenta de precios. Esto último, para que la delación compensada no se vea desmejorada por la posibilidad de que el delator, no obstante quedar exento de responsabilidad por la colusión que ha contribuido a perseguir, pueda ser procesado criminalmente por aquella otra figura.

El Ministro de Economía expresó que la exención está ya acotada en el texto propuesto por el Ejecutivo, al hacer referencia al inciso tercero del artículo 39 bis del decreto ley N° 211, que trata exclusivamente de atentados contra la libre competencia y, específicamente, de la colusión. Asimismo, estimó que acotar la exención a los artículos mencionados en la indicación podría impedir extenderla a otras figuras que pudieran resultar aplicables para incentivar la delación, como es el caso de las previstas en los artículos 292 y 473 del CP, entre otras.

El diputado señor Chahin no compartió la apreciación del Ejecutivo, pues la referencia al artículo 39 bis del decreto ley N° 211 no está asociada a un tipo penal específico, sino a una infracción a la Ley de Defensa de la Libre Competencia que puede dar lugar a una acción penal por el delito tipificado en el artículo 286 bis del CP, pero también por otras normas que sancionan delitos conexos o de la misma especie.

El Fiscal Nacional Económico abogó por establecer una exención penal amplia, aunque asociada solo al delito de colusión, lo cual debe entenderse a partir de la estrecha conexión entre el inciso tercero del artículo 39 bis del decreto ley N° 211 y su inciso primero, que a su vez se remite al artículo 3°, letra a), del mismo decreto ley.

El diputado señor Chahin insistió en que la referencia al artículo 39 bis del decreto ley N° 211 no hace más que acotar a qué atentado contra la libre competencia deben estar referidos los antecedentes que aporte el delator para acceder a los beneficios de la delación compensada, pero no acota los delitos a los cuales se extiende la exención de la responsabilidad criminal derivada de su participación en ese atentado, que podría llegar a ser tan amplia como haber cometido, incluso, homicidio en la persona de un competidor.

Puesta en votación la indicación parlamentaria en comento, fue aprobada por 7 votos a favor y tres abstenciones. Votaron por la afirmativa los diputados señores Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Jarpa, don Carlos Abel; Núñez, don Daniel; Poblete, don Roberto, y Tuma, don Joaquín. Se abstuvieron los señores Bellolio, don Jaime, Edwards, don José Manuel, y la señora Fernández, doña Maya.

Los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe formularon una indicación para agregar en el artículo 286 ter, a continuación del punto seguido, la oración "Asimismo, al segundo que haya aportado

Informe de Comisión de Economía

antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica y accedido así a los beneficios establecidos en el inciso tercero del artículo 39 bis del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, se le reducirá la pena en un grado."

El diputado señor Edwards adujo que lo importante es hacer inestables los carteles para desincentivar su formación y para ello es conveniente reforzar la delación compensada rebajando la pena aplicable al delito a quien aporte antecedentes adicionales para su investigación.

El diputado señor Chahin consideró que la eximente genérica de colaboración sustancial (artículo 11, N° 9 del CP) sería aplicable a todo el que aporte antecedentes útiles para la investigación de éste u otro delito, especialmente si toma la decisión de asumir su responsabilidad para ir a juicio simplificado o de reconocer los hechos de la carpeta investigativa para ir a juicio abreviado, por lo que sería innecesario establecer una atenuante específica para los casos de colusión.

El diputado señor Bellolio señaló que la indicación apunta a dar certeza al segundo delator en cuanto a la aplicación de la atenuante para aumentar la efectividad de la delación compensada.

El Ministro de Economía sostuvo que, según la experiencia comparada, la efectividad de la delación compensada es mayor justamente cuando se acotan sus beneficios solo al primer delator.

El diputado señor Chahin advirtió que establecer una atenuante específica podría llevar a los interesados a invocar ésta conjuntamente con la genérica.

Puesta en votación la indicación parlamentaria en comento, fue rechazada por 2 votos a favor y 8 votos en contra. Votaron por la afirmativa los diputados señores Bellolio, don Jaime, y Edwards, don José Manuel. Votaron por la negativa los diputados señores Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Jarpa, don Carlos Abel; Núñez, don Daniel; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín, y señora Fernández, doña Maya.

Sometido a votación el artículo 286 ter propuesto por el Ejecutivo (con la enmienda de acotar la exención a los artículos 285 y 286 bis), fue aprobado por unanimidad, por 10 votos a favor, de los diputados (as) señores (as) Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Edwards, don José Manuel; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Fernández, doña Maya; Jarpa, don Carlos Abel; Núñez, don Daniel; Poblete, don Roberto, y Tuma, don Joaquín.

El artículo 286 quáter que se agrega al CP por el numeral 2 del artículo segundo otorga a la FNE la exclusividad del ejercicio de la acción penal en materia de colusión.

El diputado señor Kast, don Felipe, formuló una indicación para realizar las siguientes modificaciones al artículo 286 quáter del Código Penal.

a) En el inciso primero, para agregar entre las frases "sólo podrán ser iniciadas" y "por querella", la voz "discrecionalmente", entre comas (,).

b) En el inciso primero, para agregar a continuación del punto seguido, que pasa a ser coma (,), lo siguiente: "una vez que se encuentre ejecutoriada la sentencia condenatoria del Tribunal de la Libre Competencia por la infracción del artículo 26 letra a), del 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.

c) Para suprimir los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto.

d) Para agregar un nuevo inciso final del siguiente tenor:

"El término de la prescripción de la acción penal de este delito se interrumpirá desde el requerimiento del Fiscal Nacional Económico o la presentación de la demanda de algún particular ante el Tribunal de la Libre Competencia, respecto de alguna de las infracciones contempladas en el artículo 3° del 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."

Por su parte, los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe formularon una indicación para

Informe de Comisión de Economía

modificar el artículo 286 quáter de la siguiente manera:

- 1) Para sustituir en su inciso segundo la palabra "Si" por "Sólo en caso que".
- 2) Para reemplazar en su inciso segundo la expresión "pudiesen ser" por "hubiesen sido, mediante sentencia firme y ejecutoriada,".
- 3) Para eliminar en su inciso segundo la locución ", discrecionalmente,".
- 4) Para suprimir en su inciso segundo la frase "querella y/o presentar requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia".
- 5) Para sustituir en su inciso tercero la palabra "iniciado" por "terminado el".
- 6) Para reemplazar en su inciso tercero la expresión "no será impedimento" por "será requisito necesario".
- 7) Para agregar el siguiente inciso cuarto nuevo, pasando el actual cuarto a ser quinto y así sucesivamente:

"El requerimiento por parte de la Fiscalía Nacional Económica ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, debidamente notificado, suspenderá el tiempo de la prescripción de la acción penal originada por los hechos a que se refiere el artículo 286 bis.".

Ambas indicaciones tienen por objeto evitar que haya dos procesos paralelos en casos de colusión: uno ante el TDLC y otro en sede penal, resguardando así el principio non bis in ídem, precaviendo la posibilidad de fallos contradictorios y procurando una mayor eficacia de la delación compensada.

El diputado señor Espejo sostuvo que la propuesta del Ejecutivo es consistente con la práctica comparada y con nuestra propia práctica institucional, donde coexisten las acciones administrativas con las penales y no se impide ejercerlas al mismo tiempo.

El Ministro de Economía afirmó que la propuesta gubernamental hace más eficaz la delación compensada y en ningún caso la perjudica.

El Fiscal Nacional Económico argumentó que las indicaciones parlamentarias en comento tendrían la virtud de evitar los problemas que pueden acarrear los procesos paralelos y de descomprimir el debate público que se produce cuando, una vez terminada una investigación, la FNE acusa penalmente a un cartel. Sin embargo, por otro lado restringirían las posibilidades de combinar las distintas acciones que la fiscalía puede ejercer, contra las empresas y contra las personas naturales involucradas, tanto ante el TDLC como ante la justicia criminal. Otro inconveniente que plantean es el transcurso de un tiempo demasiado prolongado para desarrollar las investigaciones y llevar a cabo los procedimientos ante los órganos jurisdiccionales correspondientes, tanto así que en ambas indicaciones se contempla una norma que suspende o interrumpe el plazo de prescripción de la acción penal por todo el tiempo que duren los procesos ante el TDLC. Por lo demás, esta suspensión truncaría la posibilidad de que el Ministerio Público inicie oportunamente una investigación, con el riesgo de que se pierdan pruebas o sea difícil encontrarlas por haber sido requeridos los imputados antes en sede de libre competencia. En tal sentido, consideró sano hacer coincidir ambos procedimientos cuando la FNE estime que existen antecedentes para acudir al TDLC y al Ministerio Público.

La diputada señora Fernández formuló una indicación para reemplazar el inciso tercero del artículo 286 quáter, por el siguiente:

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

Su objeto es, precisamente, hacer coincidir el inicio de los procedimientos ante el TDLC y la justicia penal, exigiendo que el requerimiento y la querella a que haya lugar se presenten al mismo tiempo cuando corresponda.

El Fiscal Nacional Económico aconsejó aprobar esta indicación, pues tiene la ventaja de no dejar en suspenso la posibilidad de querellarse criminalmente por parte de la fiscalía, evitando la presión que podría generarse en la

Informe de Comisión de Economía

opinión pública para que ésta ejerza la acción penal. Niega que la exigencia de proceder simultáneamente en sede de libre competencia y en sede penal vaya a provocar que se presione a la FNE para que interponga a todo evento el requerimiento y la querella correspondientes, porque los antecedentes de la investigación solo serán conocidos por ésta y se harán públicos únicamente cuando tome alguna decisión.

Puesta en votación la indicación del diputado señor Kast, don Felipe, fue rechazada por 3 votos a favor y 7 votos en contra. Votaron por la afirmativa los diputados señores Bellolio, don Jaime; Berger, don Bernardo, y Van Rysselberghe, don Enrique. Votaron por la negativa los diputados señores Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Jarpa, don Carlos Abel; Núñez, don Daniel; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín, y señora Fernández, doña Maya.

La de los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe fue rechazada por la misma votación.

Puesto en votación el artículo 286 quáter propuesto por el Ejecutivo, con la indicación de la diputada señora Fernández, fue aprobado por 8 votos a favor y dos abstenciones. Votaron por la afirmativa los diputados señores Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Jarpa, don Carlos Abel; Núñez, don Daniel; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín, y señora Fernández, doña Maya. Se abstuvieron los señores Bellolio, don Jaime, y Berger, don Bernardo.

El diputado señor Chahin puso en duda la bondad de la indicación parlamentaria aprobada, pues si hubiera indicios de que existe el delito de colusión antes de terminada la investigación por parte de la FNE, ésta no podrá deducir querella ni interrumpir la prescripción de la acción penal. Consideró erróneo exigir el mismo nivel de desarrollo de la investigación para presentar un requerimiento que para interponer una querella criminal, porque en el segundo caso la FNE solo debe dar inicio al procedimiento, dejando en manos del Ministerio Público la tarea de reunir más antecedentes.

El Fiscal Nacional Económico planteó que, aunque la prescripción en materia de libre competencia es de cinco años, igual que en materia penal, los procesos ante el TDLC suelen demorar menos de tres años, por lo que el requerimiento ante éste no debería interferir con la acción penal. Además, lo normal será que cuando se aporten antecedentes a la FNE sobre la existencia de un cartel, éste se encuentre todavía operando o haya dejado de hacerlo recién, por lo que el plazo de prescripción de la acción penal comenzará a correr cuando se interrumpa la conducta colusoria, que es uno de los requisitos para que opere la delación compensada.

El diputado señor Chahin reconoció que su planteamiento es casi una hipótesis de laboratorio, pero anunció que procurará que se revise esta norma en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento porque le parece innecesario que la investigación deba estar concluida para que la FNE se querelle.

Artículo tercero

Intercala un inciso segundo en el artículo 51 de la LPDC, que somete al procedimiento establecido en él las acciones indemnizatorias que se ejerzan con ocasión de infracciones al decreto ley N° 211, de 1973, que afecten el interés colectivo o difuso de los consumidores. Ello, no obstante lo dispuesto en el artículo 30 del mencionado decreto ley, que confiere competencia a los tribunales civiles para conocer de las demás acciones indemnizatorias derivadas de infracciones al mismo.

Los diputados señor Poblete y señora Fernández formularon una indicación para anteponer un número 1) en el artículo tercero del proyecto, pasando el actual numeral único a ser número 2), a fin de modificar el artículo 50 A de la ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, incorporando un inciso final del siguiente tenor:

"Para el conocimiento de la acción indemnizatoria de perjuicios que se ejerza con ocasión de infracciones al decreto con fuerza de ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, declaradas por una sentencia definitiva ejecutoriada, será competente el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia."

El diputado señor Chahin recordó que, mediante una indicación de su autoría y del diputado Espejo, fue modificado el artículo 30 del decreto ley N° 211 a objeto de otorgar competencia al TDLC para conocer, a través del procedimiento sumario, de las acciones indemnizatorias individuales emanadas de infracciones a dicho cuerpo normativo. Observó que la indicación en comento tiene el mismo propósito respecto de las acciones colectivas que

Informe de Comisión de Economía

emanen de tales infracciones, por lo que sería complementaria de aquella.

El señor Jorge Grunberg acotó que, a raíz de la modificación introducida en el artículo 30 del decreto ley N° 211, toda acción indemnizatoria emanada de infracciones a éste sería de competencia del TDLC, puesto que el mencionado artículo no distingue entre acciones individuales y colectivas.

El diputado señor Chahin advirtió que, entonces, podría entenderse que las acciones colectivas quedarían sujetas al procedimiento sumario que establece el artículo 30 del decreto ley N° 211.

El señor Jorge Grunberg observó que la modificación propuesta por el Ejecutivo al artículo 51 de la LPDC tiene por objeto justamente someter al procedimiento especial allí establecido las acciones colectivas, independientemente de cuál sea el tribunal competente.

El diputado señor Chahin formuló una indicación, en reemplazo de la que está en discusión, para intercalar en el nuevo inciso segundo que se agrega al artículo 51 de la LPDC por el artículo tercero en comento, a continuación de la frase "que se ejerza", la expresión "ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia". Ello, con el fin de aclarar que el procedimiento aplicable a las acciones indemnizatorias colectivas emanadas de infracciones al decreto ley N° 211 es el establecido en el artículo 51 de la LPDC y que el tribunal competente para conocer de ellas es el TDLC.

Puesto en votación el artículo tercero del proyecto, con la indicación precedente, fue aprobado por 7 votos a favor y dos abstenciones. Votaron por la afirmativa los diputados señores Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Jarpa, don Carlos Abel; Núñez, don Daniel; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín, y señora Fernández, doña Maya. Se abstuvieron los señores Bellolio, don Jaime, y Van Rysselberghe, don Enrique.

Artículo primero transitorio

Fija la fecha de entrada en vigencia de la ley en proyecto, difiriendo la del Título IV agregado al decreto ley N° 211, de 1973, por el N° 17 del artículo primero, que pasó a ser N° 20, sobre las operaciones de concentración, hasta el primer día del mes siguiente a que se encuentre totalmente tramitada la normativa reglamentaria que sea estrictamente necesaria para su aplicación.

Los diputados señores Chahin y Espejo manifestaron su extrañeza por la circunstancia de hacer depender la entrada en vigencia de una modificación legal de una reglamentación administrativa que no tiene plazo para su dictación ni se sabe qué debe entenderse por "estrictamente necesaria".

El Ministro de Economía acotó que el plazo para la dictación de la reglamentación necesaria se encuentra establecido en el artículo 2° transitorio.

El Ejecutivo formuló una indicación para incorporar en este artículo el siguiente inciso segundo:

"Por su parte, la modificación contemplada en el literal b) del numeral 1) del artículo primero, que agrega el literal d), nuevo, al artículo 3°, entrará en vigencia una vez cumplidos doce meses contados desde la fecha de publicación de esta ley."

Artículo segundo transitorio

Fija un plazo de noventa días, contados desde la fecha de publicación de la ley en proyecto, para que el Presidente de la República dicte la reglamentación que sea necesaria para su aplicación.

Puestos en votación los artículo primero y segundo transitorios, con la indicación del Ejecutivo, fueron aprobados en forma unánime, por 8 votos a favor, de los diputados (as) señores (as) Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Fernández, doña Maya; Jarpa, don Carlos Abel; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín, y Van Rysselberghe, don Enrique.

Artículo tercero transitorio

Declara la pervivencia de las normas de la ley en trámite, vigentes a la época de su designación, aplicables a los actuales integrantes del TDLC.

Informe de Comisión de Economía

Artículo cuarto transitorio

Designa la fuente de los recursos con que se financiará la ley en proyecto durante su primer año de vigencia.

El diputado señor Bellolio sugirió especificar que el financiamiento de esta ley se hará con cargo al presupuesto de la FNE correspondiente al primer año tributario de su entrada en vigencia, cuestión que el Ejecutivo se compromete a materializar antes de su paso a la Comisión de Hacienda.

Puestos en votación los artículos 3° y 4° transitorios, fueron aprobados por asentimiento unánime, por 9 votos a favor, de los diputados (as) señores (as) Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad; Espejo, don Sergio; Fernández, doña Maya; Jarpa, don Carlos Abel; Núñez, don Daniel; Poblete, don Roberto; Tuma, don Joaquín, y Van Rysselberghe, don Enrique.

Finalmente, se declaró incompatible con lo aprobado una indicación de los diputados señores Bellolio, Edwards, Lavín y Van Rysselberghe para agregar un artículo quinto transitorio, que disponía la entrada en vigencia de la norma derogatoria del artículo 285 del Código Penal.

++

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, y por las demás consideraciones que en su oportunidad dará a conocer el señor Diputado Informante, la Comisión de Economía, Fomento, MIPYMES, Protección de los Consumidores y Turismo, recomienda aprobar el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo primero.- Introdúcense las siguientes modificaciones al decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973:

1. Modifícase el inciso segundo del artículo 3° del siguiente modo:

a) Reemplázase el literal a) por el siguiente:

“a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.”.

b) Agrégase el siguiente literal d):

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

2. Agrégase el siguiente artículo 3° bis:

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

a) Infrinjan el deber de notificación que establece el artículo 48 de la presente ley;

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

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

d) Perfeccionen una operación de concentración en contra de lo dispuesto en la resolución o sentencia que hubiere

Informe de Comisión de Economía

prohibido dicha operación, de conformidad a lo establecido en los artículos 57 o 31 bis de este cuerpo legal, según corresponda; o

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

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

a) En la letra a) del inciso primero, elimínase entre las palabras “Un abogado” y “designado por el Presidente de la República”, la frase “, que lo presidirá,”.

b) En la letra b), incorpórase el siguiente inciso sexto, pasando el actual sexto a ser séptimo:

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

c) Reemplázase su inciso octavo, por el siguiente:

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

d) Sustitúyese su inciso noveno, por el siguiente:

“Los ministros suplentes no tendrán dedicación exclusiva. Sin embargo, el desempeño de su cargo es incompatible con la condición de asesor o prestador de servicios profesionales en materias que digan relación con la libre competencia a personas naturales o jurídicas sometidas a la jurisdicción del Tribunal, considerándose también que asesora o presta servicios profesionales si percibe cualquier clase de remuneración, honorario o regalía de parte de personas naturales o jurídicas que asesoran o prestan servicios profesionales en dichas materias.”.

e) Reemplázase su inciso décimo, por el siguiente:

“No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, el desempeño como integrante del Tribunal será compatible con los cargos docentes, hasta por 12 horas semanales.”.

f) Derógase el inciso undécimo.

4. Modifícase el artículo 11 en el siguiente sentido:

a) Reemplázase en su inciso segundo, la letra b), por la siguiente:

“b) Haya asesorado o prestado servicios profesionales, a personas naturales o jurídicas que tengan la calidad de parte o interviniente en la causa, durante los dos años anteriores a la fecha de ingreso de aquélla o durante la investigación por parte de la Fiscalía Nacional Económica que la haya originado.”.

b) Modifícase su inciso tercero en la siguiente forma:

i) Reemplázase la frase “octavo, noveno y décimo” por la siguiente “octavo y noveno”.

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

iii) Intercálase entre la palabra “coordinadas” y el punto aparte (.) la frase “dentro de los dos años anteriores a la fecha en que le corresponda conocer del asunto”.

c) Reemplázase su inciso cuarto, por el siguiente:

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

Informe de Comisión de Economía

5. Reemplázase en el artículo 11 bis la expresión “las incompatibilidades establecidas en el artículo 6°”, por la frase “lo establecido en los incisos octavo y noveno del artículo 6°”.

6. Modifícase el artículo 12 en el siguiente sentido:

Reemplázase la letra e) del inciso primero, por la siguiente:

“e) No cumplir lo dispuesto en los incisos octavo y noveno del artículo 6°.”;

7. Modifícase el artículo 18 en el siguiente sentido:

a) Sustitúyese el numeral 2), por el siguiente:

“2) Conocer, a solicitud de quienes sean parte en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, distintos a las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos;”.

b) Intercálase en el numeral 4), entre la palabra “competitivas” y el punto y coma (;) que se reemplaza por punto (.), la frase siguiente:

“En todo caso, el Ministro receptor de la propuesta deberá manifestar su parecer respecto sobre ésta. La respuesta será publicada en la web institucional del Tribunal, de la Fiscalía y del Ministerio de que se trate”.

c) Intercálanse los siguientes numerales 5) y 6), pasando el actual numeral 5) a ser 7):

“5) Substanciar, a solicitud exclusiva del notificante de una operación de concentración, el procedimiento de revisión especial de operaciones de concentración, cuando éstas hubieren sido prohibidas por el Fiscal Nacional Económico conforme a lo establecido en el artículo 57 de la presente ley;

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

8. Modifícase el artículo 20 del siguiente modo:

a) Reemplázase en su inciso quinto, la frase “medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar” por la siguiente: “multas que se impongan para sancionar”.

b) Sustitúyase en su inciso sexto la expresión “medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar” por la siguiente: “multas que se impongan para sancionar”.

9. Agrégase al artículo 21 el siguiente inciso segundo, pasando el actual inciso segundo a ser tercero y así sucesivamente:

“Se podrá notificar a las filiales, coligadas o agencias constituidas en Chile de una empresa extranjera, los requerimientos o demandas que se deduzcan en contra de ésta por infracciones a la presente ley, careciendo de valor cualquier limitación estatutaria de dicha filial, coligada o agencia.”.

10. Intercálase el siguiente inciso quinto en el artículo 22, pasando el actual inciso quinto a ser sexto y así sucesivamente:

“No se decretará término probatorio extraordinario para rendir prueba fuera de la Región Metropolitana de Santiago, sino cuando concurran los siguientes requisitos:

1. Que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia declare que existe motivo fundado para la práctica de la diligencia probatoria fuera de la Región Metropolitana;

2. Que la parte que solicita el término probatorio extraordinario, acredite estar impedida de poder rendir la prueba ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y

Informe de Comisión de Economía

3. Que dentro del plazo de 5 días la parte que solicita el término probatorio extraordinario, consigne la suma que determine el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, para efectos de cubrir los gastos que la realización de las diligencias de prueba significarán a las otras partes del juicio.

Estas diligencias podrán ser conducidas a través del correspondiente Juez de Letras, garantizando su fidelidad y rápida expedición por cualquier medio idóneo.”.

11. Modifícase el artículo 26 en el siguiente sentido:

a) Modifícase el literal c) del inciso segundo de la siguiente forma:

i) Reemplázase la frase “ a veinte mil unidades tributarias anuales y, en el caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3°, hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales”, por la siguiente frase: “al doble del beneficio económico reportado por la infracción, o hasta por el 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos y/o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido.”.

ii) Agrégase el siguiente párrafo a continuación de las expresiones “extendido.”:

“En el evento de que no sea posible determinar el beneficio económico obtenido por el infractor ni sus ventas, el tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales.”

iii) Sustitúyese la expresión “Ley de Mercado de Valores”, por “ley N° 18.045”.

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

v) Reemplázase su párrafo segundo, por el siguiente:

“Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese; la gravedad de la conducta; la necesidad de que la sanción sea efectivamente disuasiva; la calidad de reincidente y la capacidad económica del infractor; y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación.”.

Agrégase el siguiente literal d):

d) En el caso de la conducta prevista en la letra a) del artículo 3° bis, podrá aplicar una multa a beneficio fiscal de hasta 20 unidades tributarias anuales por cada día de retardo contado desde el perfeccionamiento de la operación de concentración.”.

12. Reemplázase el artículo 30, por el siguiente:

“Artículo 30.- La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar, con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante ese mismo tribunal y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario establecido en el Título XI del Libro III del Código de Procedimiento Civil. Las resoluciones pronunciadas en este procedimiento, salvo la sentencia definitiva, serán susceptibles del recurso de reposición al que podrá darse tramitación incidental o ser resuelto de plano. Sólo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva.

Al resolver sobre la acción de indemnización de perjuicios el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fundará su fallo en los hechos establecidos en su sentencia que sirva de antecedente a la demanda. El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica.”.

13. Reemplázase en el inciso primero del artículo 31 la frase “números 2) y 3)” por la siguiente frase: “números 2), 3) y 4)”.

14. Agrégase el siguiente artículo 31 bis:

“Artículo 31 bis.- El ejercicio de la atribución contemplada en el numeral 5) del artículo 18, se someterá al siguiente procedimiento:

Informe de Comisión de Economía

Interpuesto el recurso que establece el inciso final del artículo 57 de la presente ley, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ordenará al Fiscal Nacional Económico remitir el expediente en que obre la investigación en que se hubiere pronunciado la resolución recurrida, y citará a una audiencia pública en la que podrán intervenir la parte recurrente, el Fiscal Nacional Económico y quienes hubieren aportado antecedentes a la investigación en virtud de lo establecido en el inciso segundo del artículo 55 de la presente ley.

En base a los antecedentes que obren en el expediente de investigación, aquello que expongan los intervinientes en la audiencia de la que trata el inciso anterior y los demás antecedentes que recabe de oficio o a petición de parte, el Tribunal dictará una sentencia confirmando o revocando la resolución recurrida.

En el caso que la sentencia revoque la resolución recurrida, el Tribunal, en la misma sentencia, podrá aprobar la operación de concentración en forma pura y simple o sujeta a las últimas medidas ofrecidas por el notificante de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 53. Adicionalmente, podrá el Tribunal aprobar la operación bajo la condición de que se dé cumplimiento a otras medidas que considere adecuadas y suficientes.

En contra de la sentencia que pronuncie el Tribunal en virtud de lo establecido en este artículo no procederá recurso alguno, a menos que aquella hubiere condicionado la aprobación de la operación al cumplimiento de medidas distintas de las contempladas en la última propuesta realizada por las partes de conformidad a lo establecido en el inciso tercero del artículo 53. En este último caso, tanto las partes como el Fiscal Nacional Económico podrán deducir el recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27.

15. Modifícase el artículo 32 en el siguiente sentido:

a) Intercálase en su inciso primero, entre la palabra “Competencia” y la expresión “, no acarrearán”, la siguiente frase: “, o de acuerdo con las resoluciones de la Fiscalía Nacional Económica para el caso de las operaciones de concentración”.

b) Reemplázase su inciso segundo por el siguiente:

“En todo caso, ni los Ministros que concurrieren a la decisión, ni el Fiscal Nacional Económico, según correspondiere, se entenderán inhabilitados para los nuevos pronunciamientos que eventualmente tuvieron lugar.”.

16. Modifíquese el artículo 39, en el siguiente sentido:

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

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

ii) Agrégase el siguiente párrafo final:

“En todos los demás casos, los afectados tendrán acceso al expediente de la investigación que se siga en su contra, sin perjuicio de aquellas piezas declaradas reservadas o confidenciales, de conformidad a lo dispuesto en esta letra y el artículo 42;”.

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

c) Reemplázase el literal d) por el siguiente:

“d) Velar por el cumplimiento de sus propias resoluciones en las materias a que se refiere el Título IV de la presente ley, así como de los fallos y decisiones que dicten el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los tribunales de justicia en las materias a que se refiere esta ley;”.

d) Modifícase el literal h) en el siguiente sentido:

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

ii) Agréganse los siguientes párrafos quinto y final:

Informe de Comisión de Economía

“Quienes oculten información que les haya sido solicitada o proporcionen culpablemente información falsa en el contexto de una investigación seguida de conformidad a esta ley incurrirán en la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio. Para la aplicación de dichas penas, el Fiscal Nacional Económico remitirá los antecedentes respectivos al Ministerio Público, teniendo esa comunicación el carácter de denuncia para los efectos del artículo 53 del Código Procesal Penal.

Quienes estén obligados a dar respuesta a las solicitudes de información efectuadas por el Fiscal Nacional Económico e injustificadamente no respondan o respondan sólo parcialmente, serán sancionados con una multa a beneficio fiscal de una unidad tributaria mensual a una unidad tributaria anual, además de una multa de 0,2 unidades tributarias mensuales por cada día de atraso, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 39 ter, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 42;”.

e) Modifícase el literal j) en el siguiente sentido:

i) Sustitúyese la frase “por escrito” por la siguiente: “por cualquier medio que garantice su fidelidad, según lo determine la Fiscalía Nacional Económica”.

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

iii) Agrégase el siguiente párrafo final:

“Quienes injustificadamente no comparezcan a declarar habiendo sido previamente citados en conformidad a esta letra, serán sancionados con una multa a beneficio fiscal de una unidad tributaria mensual a una unidad tributaria anual, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 39 ter, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 42;”.

f) Modifícase el literal n) en el siguiente sentido:

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

ii) Intercálase un nuevo párrafo séptimo, pasando los actuales séptimo y octavo a ser octavo y noveno, respectivamente:

“Acogido a tramitación el reclamo, se citará a la audiencia respectiva para el quinto día hábil. A la audiencia deberán comparecer los afectados y la Fiscalía Nacional Económica, debidamente representados, con todos los antecedentes o medios de prueba con los que cuenten para fundar sus respectivas posiciones. El reclamo deberá ser interpuesto dentro del plazo de 10 días corridos desde que aparezca o se acredite que quien deba reclamar tuvo o debió tener conocimiento del vicio o defecto que funda el reclamo. Los afectados deberán reclamar en un único acto de todos los incumplimientos relativos a una misma diligencia investigativa o actuación. Como medida para mejor resolver, el Ministro de Corte de Apelaciones podrá decretar de oficio o a petición de parte todas las medidas que estime convenientes. De la decisión del Ministro podrá apelarse para ante la Corte de Apelaciones de Santiago, dentro de quinto día, apelación que se conocerá con preferencia a otros asuntos, no procediendo la suspensión de la vista de la causa por la causal del N° 5 del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil. En contra de la sentencia que resuelva el recurso de apelación no procederá recurso alguno.”.

g) Sustitúyese en el párrafo séptimo, que pasa a ser octavo, la expresión “el Tribunal” por “los Tribunales”.

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

i) Intercálase en su párrafo segundo, entre las frases “partes comparecientes al acuerdo” y el punto seguido (.), la frase siguiente: “, así como el parecer de quienes tengan interés legítimo”; y

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

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

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

Informe de Comisión de Economía

p) Realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados, en cuyo caso podrá ejercer las facultades contempladas en las letras f), g), h), j), k), l) y m) de este artículo y efectuar recomendaciones a órganos del Estado y agentes económicos. En todo caso, el órgano del Estado receptor de la propuesta deberá manifestar su parecer respecto de la misma. La respuesta será publicada en los sitios web de la Fiscalía Nacional Económica y del órgano de que se trate.

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

q) Proponer fundadamente al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales o reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas. Este tipo de proposiciones tendrán siempre como antecedente una investigación o un estudio sobre la evolución competitiva de los mercados;

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

17. Modifícase el artículo 39 bis en el siguiente sentido:

a) Reemplázase su inciso primero por el siguiente:

“Artículo 39 bis.- El que intervenga en alguna de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° podrá ser eximido de la disolución contemplada en la letra b) del artículo 26 y obtener una exención o reducción de la multa contemplada en la letra c) del precitado artículo, en su caso, cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.”.

b) Reemplázase en su inciso segundo la expresión “el ejecutor de” por la siguiente frase: “quien intervenga en”.

c) Sustitúyese el número 2.- del inciso segundo, por el siguiente:

“2.- Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud, salvo que la Fiscalía autorice expresamente su divulgación, y”.

d) Sustitúyese en su inciso tercero la frase “Para acceder a la exención de la multa, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso anterior, el ejecutor de” por la siguiente frase: “Para acceder a la exención de la disolución o multa, en su caso, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso anterior, quien intervenga en”.”.

e) Reemplázase su inciso cuarto, por el siguiente:

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

f) Reemplázase su inciso quinto, por el siguiente:

“En su requerimiento, el Fiscal individualizará a cada interviniente en la conducta que haya cumplido con los requisitos para acceder a cualquiera de los beneficios a que se refiere el inciso primero. Si el Tribunal diere por acreditada la conducta, no podrá aplicar la disolución o multa a quien haya sido individualizado como beneficiario de una exención, como tampoco una multa mayor a la solicitada por el Fiscal a quien haya sido individualizado como acreedor de una reducción de la misma, salvo que se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella.”.

g) Agrégase el siguiente inciso final:

Informe de Comisión de Economía

“La solicitud de los beneficios contemplados en el presente artículo no tendrá el carácter de información o hecho esencial para los efectos de lo dispuesto en los artículos 9° y 10 de la ley N° 18.045. En ningún caso este régimen de exenciones o reducciones podrá extenderse a la indemnización de los perjuicios que tuvieron lugar.”.

18. Agrégase el siguiente artículo 39 ter:

“Artículo 39 ter.- Para efectos de aplicar la multa establecida en las letras h) y j) del artículo 39 y determinar su monto, o en su caso, desestimar su aplicación, el Tribunal tomará conocimiento de la solicitud presentada por el Fiscal Nacional Económico en una sola audiencia, convocada especialmente al efecto, dentro del quinto día hábil de recibida, durante la cual el o los afectados por la solicitud podrán exponer sus descargos. El Tribunal acogerá o rechazará la solicitud del Fiscal Nacional Económico, y de ser procedente fijará el monto de la multa, dentro de la misma audiencia, procediendo, en este caso, solo recurso de reposición que deberá ser interpuesto en el acto. En cuanto a la ejecución de estas resoluciones se estará a lo dispuesto en el artículo 28.

La circunstancia de haber concurrido a la decisión en el marco de este procedimiento, no será causal de inhabilidad de los ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para conocer de un eventual proceso.”.

19. Modifícase el artículo 42 en el siguiente sentido:

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

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

20. Agrégase el siguiente Título IV:

“TÍTULO IV

De las Operaciones de Concentración

Artículo 46.- Se sujetarán a las normas establecidas en este Título las operaciones de concentración que le sean notificadas a la Fiscalía Nacional Económica de acuerdo con lo prescrito por los artículos siguientes.

Artículo 47.- Se entenderá por operación de concentración todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos previamente independientes entre sí dejen de serlo, en cualquier ámbito de sus actividades. Deberán notificarse a la Fiscalía Nacional Económica en forma previa a su perfeccionamiento las operaciones de concentración que, cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 48, involucren a dos o más agentes económicos que, no formando parte de un mismo grupo empresarial:

a) Se fusionen, cualquiera sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la misma;

b) Uno o más de ellos adquiera, directa o indirectamente, derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro;

c) Se asocien bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellas, que desempeñe sus funciones de forma permanente; o

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

Para los efectos de lo dispuesto en este Título, se entenderá por agente económico toda entidad, o parte de ella, cualquiera sea su forma de organización jurídica o aun cuando carezca de ella, que demande u ofrezca productos o servicios. Se considerará asimismo como un agente económico al conjunto de activos tangibles o intangibles, o ambos, que permitan ofrecer o demandar bienes o servicios.”.

Artículo 48.- Deberán notificarse a la Fiscalía Nacional Económica, en forma previa a su perfeccionamiento, las operaciones de concentración que cumplan con los siguientes requisitos copulativos:

Informe de Comisión de Economía

a) Que la suma de las ventas en Chile de los agentes económicos que proyectan concentrarse haya alcanzado, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifica la notificación, montos iguales o superiores al umbral establecido mediante Reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, y

b) Que en Chile, por separado, al menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse hayan generado ventas, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifica la notificación, por montos iguales o superiores al umbral establecido mediante Reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Para los efectos de lo dispuesto en este artículo, las ventas se calcularán de la siguiente manera:

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

ii) Tratándose de la hipótesis contemplada en la letra b) del artículo 47, se sumarán las ventas en Chile del agente económico que adquiere la influencia decisiva, las de todo su grupo empresarial y las del o los agentes económicos adquiridos.

iii) Tratándose de la hipótesis contemplada en la letra d) del artículo 47, se sumarán las ventas en Chile del o los agentes económicos adquirentes, las de sus respectivos grupos empresariales, y aquellas generadas con los activos adquiridos.

Para efectos de lo establecido en este artículo, se deducirán de las ventas los impuestos, las ventas que hayan tenido lugar entre agentes de un mismo grupo empresarial, aquellas que no provengan de la explotación del giro habitual de él o los agentes económicos considerados, y las demás que señale el Reglamento, en la forma que en él se determinen.

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

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

Quienes notifiquen la operación deberán poner en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica los hechos, actos o convenciones que modifiquen en cualquier forma los antecedentes, estimaciones, proyecciones o conclusiones que hubieren proporcionado, tan pronto tales hechos, actos o convenciones lleguen a su conocimiento. En caso de que la modificación que los notificantes pongan en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica resulte significativa, el Fiscal Nacional Económico dictará una resolución declarando lo anterior, a partir de la cual los plazos del procedimiento comenzarán a contabilizarse como si se tratase de una nueva notificación.

El Reglamento podrá contemplar un mecanismo de notificación simplificada, que requiera del notificante acompañar una menor cantidad de antecedentes para ciertas operaciones o categorías de operaciones de concentración.

Las operaciones de concentración que no igualen o superen los umbrales referidos en los literales a) y b) anteriores podrán ser notificadas en forma voluntaria por los agentes económicos que proyectan concentrarse. Las notificaciones voluntarias se sujetarán a las mismas reglas que las notificaciones obligatorias, en la medida en que la operación no se hubiere perfeccionado al momento de la notificación.

Cuando las operaciones de concentración a que se refiere el inciso anterior no le sean notificadas voluntariamente al Fiscal Nacional Económico, éste podrá, dentro del plazo de 1 año contado desde el perfeccionamiento de la operación, instruir las investigaciones que estime procedentes de conformidad con la letra a) del artículo 39.

El Reglamento del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo que establezca los umbrales deberá dictarse a través de un procedimiento público y transparente, previo informe de la Fiscalía Nacional Económica y consulta al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, procurándose que los umbrales comprendan sólo aquellas operaciones de concentración que sean relevantes para el sistema.

Informe de Comisión de Economía

La Fiscalía Nacional Económica deberá informar anualmente, tanto al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo como al público en general, los antecedentes que sean necesarios para adecuar los umbrales vigentes a fin de garantizar el correcto funcionamiento del sistema.

Artículo 49.- Los agentes económicos que proyecten concentrarse no podrán perfeccionar las operaciones de concentración que hubieren notificado a la Fiscalía Nacional Económica, las que se entenderán suspendidas desde el acto de su notificación hasta que se encuentre a firme la resolución o sentencia que ponga término definitivo al procedimiento correspondiente.

Artículo 50.- Recibida la notificación de una operación de concentración, la Fiscalía Nacional Económica tomará conocimiento de la misma, procediendo a evaluarla en conformidad al siguiente procedimiento.

Notificada una operación de concentración de acuerdo con lo establecido en el artículo 48, el Fiscal Nacional Económico contará con 10 días para determinar si se trata de una notificación completa, entendiéndose por tal aquella que cumpla con todos los requisitos que para practicarla establezcan esta ley y su Reglamento.

Tratándose de una notificación completa, el Fiscal Nacional Económico ordenará el inicio de la investigación y comunicará la resolución al notificante. Si el Fiscal no hubiere efectuado dicha comunicación dentro del plazo establecido en el inciso anterior, la investigación se entenderá iniciada, de pleno derecho, el día del vencimiento del plazo.

Tratándose de una notificación incompleta, el Fiscal Nacional Económico comunicará dicha circunstancia al notificante dentro del plazo establecido en el inciso segundo. La comunicación identificará los errores u omisiones de los que adolezca la notificación. El notificante contará con 10 días para subsanar los errores u omisiones identificados por el Fiscal en su comunicación. Si el notificante no subsanare los errores u omisiones dentro del plazo establecido, o si solo lo hiciere parcialmente, la notificación se tendrá por no presentada. Si los errores y omisiones fueren subsanados en tiempo y forma, se procederá de acuerdo a lo establecido en el inciso tercero de este artículo.

Artículo 51.- La resolución que ordene el inicio de la investigación será publicada resguardando la información confidencial de los notificantes.

Artículo 52.- En el curso de las investigaciones iniciadas en conformidad al artículo 51 anterior, el Fiscal Nacional Económico podrá ejercer las facultades que le confieren los literales f), g), h), j), k), l) y m) del artículo 39.

Artículo 53.- El notificante podrá siempre solicitar al Fiscal Nacional Económico que le suministre información respecto del curso de la investigación, y tendrá derecho a que se le informe, antes que el Fiscal Nacional Económico dicte alguna de las resoluciones de los artículos 54 o 57, de los riesgos que la operación notificada pueda producir para la libre competencia basado en los antecedentes de la investigación.

El notificante tendrá siempre derecho a ser oído, pudiendo manifestar al Fiscal Nacional Económico su opinión respecto de la operación de concentración notificada, de los antecedentes aportados por terceros a la investigación, de la investigación misma y de la información que le hubiere sido suministrada de conformidad al inciso anterior. El notificante podrá proponer las diligencias investigativas que estime pertinentes.

Asimismo, para efectos de lo establecido en la letra b) de los artículos 54 y 57, el notificante tendrá siempre derecho a ofrecer al Fiscal Nacional Económico las medidas que estime aptas para mitigar aquellos riesgos que la operación notificada pudiese producir para la libre competencia. Las medidas deberán ser ofrecidas por escrito y no constituirán en caso alguno un reconocimiento de la existencia de los riesgos que a través de ellas se pretenden mitigar.

Con el fin de determinar si las medidas ofrecidas por los notificantes se hacen cargo de resolver los riesgos para la competencia derivados de la operación de concentración así como sus posibles efectos sobre el mercado, el Fiscal Nacional Económico podrá ponerlas en conocimiento de terceros interesados.

Artículo 54.- Dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que se haya dictado la resolución de inicio del procedimiento a que alude el artículo 50 anterior, el Fiscal Nacional Económico deberá:

a) Aprobar la operación notificada en forma pura y simple, si es que llegare a la convicción de que la operación no

Informe de Comisión de Economía

resulta apta para reducir sustancialmente la competencia;

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

c) Extender la investigación hasta por un máximo de 90 días adicionales, mediante resolución fundada, cuando estimare que la operación notificada, de perfeccionarse en forma pura y simple o sujeta a las medidas ofrecidas por el notificante, en su caso, puede reducir sustancialmente la competencia.

Cumplido el plazo establecido en el inciso anterior sin que el Fiscal Nacional Económico hubiere tomado alguna de las tres decisiones señaladas, se entenderá que ha aprobado la operación de que se trata. La autorización se considerará pura y simple, aun cuando el notificante hubiere ofrecido medidas.

Artículo 55.- Las resoluciones que fueren dictadas en conformidad a lo establecido en el artículo anterior deberán ser comunicadas al notificante dentro del mismo plazo establecido para su dictación. Adicionalmente, la Fiscalía Nacional Económica publicará la resolución, o una versión pública de la misma, en su web institucional.

Tratándose de la resolución contemplada en la letra c) del artículo anterior, la Fiscalía Nacional Económica deberá comunicar el hecho de su dictación y acompañar su texto, o la versión pública del mismo, a las autoridades directamente concernidas, y a los agentes económicos que, a juicio del Fiscal Nacional Económico, puedan tener interés en la operación. Quienes recibieren tal comunicación, así como cualquier tercero interesado en la operación de concentración, incluyendo proveedores, competidores, clientes o consumidores de las partes de la operación, podrán aportar antecedentes a la investigación dentro de los 20 días siguientes a aquel en que se hubiere publicado en su web institucional la resolución que ordene su extensión.

El expediente será público a partir de la publicación a que hace referencia el inciso anterior. Ello, sin perjuicio de que el Fiscal Nacional Económico pueda disponer de oficio o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales de conformidad a lo dispuesto en el párrafo tercero del literal a) del artículo 39. Quienes soliciten la reserva o confidencialidad de los antecedentes presentados deberán acompañar versiones públicas de los mismos. Cuando la reserva o confidencialidad sea decretada de oficio por el Fiscal Nacional Económico, éste podrá requerir al aportante de los antecedentes que acompañe versiones públicas de éstos.

Artículo 56.- Extendida la investigación de acuerdo con lo dispuesto en la letra c) del artículo 54, el Fiscal Nacional Económico podrá ejercer las facultades a las que alude el artículo 52.

Artículo 57.- Dentro del plazo establecido en la resolución que ordene extender la investigación, el Fiscal Nacional Económico deberá:

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

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

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

Cumplido el plazo establecido en la resolución que ordene extender la investigación sin que el Fiscal Nacional Económico hubiere tomado alguna de las tres decisiones señaladas, se entenderá que ha aprobado la operación de que se trata. La autorización se considerará pura y simple, aun cuando el notificante hubiere ofrecido medidas.

En contra de la resolución del Fiscal Nacional Económico que prohíba una operación, el notificante podrá promover, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación de la referida resolución, un recurso de revisión especial, el que deberá ser fundado.

Artículo 58.- Mediante resolución fundada, el Fiscal Nacional Económico podrá ordenar el archivo de los

Informe de Comisión de Economía

antecedentes, poniendo término al procedimiento del que trata este Título, cualquiera sea el estado en que se encuentre, cuando el notificante se hubiere desistido de su notificación, cuando la hubiere abandonado, o cuando hubieren antecedentes que permitan sospechar fundadamente que la operación notificada se hubiere perfeccionado.

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

Se entenderá abandonada la notificación cuando en dos o más ocasiones, durante el curso de la investigación, el notificante no hubiere respondido en tiempo y forma a los requerimientos de información que hubiere hecho, conforme a la ley, el Fiscal Nacional Económico, o cuando en dos o más ocasiones él o sus representantes legales no hubieren concurrido a declarar, habiéndoseles citado de conformidad a la ley.

Artículo 59.- Los plazos de días establecidos en este Título serán de días hábiles, entendiéndose por tales todos aquellos que no sean sábados, domingos o festivos.

Artículo 60.- Los plazos establecidos en los incisos primeros de los artículos 54 y 57 no se suspenderán sino en los casos contemplados en este artículo.

De común acuerdo, el Fiscal Nacional Económico y el notificante podrán suspender hasta por una vez cada plazo referido en el inciso anterior. El primero de ellos podrá suspenderse hasta por 30 días y el segundo hasta por 60 días. Los acuerdos de suspensión de los que trata este artículo deberán constar por escrito.

Se suspenderán asimismo los plazos señalados en el inciso primero cuando el notificante ofrezca medidas de acuerdo con lo establecido en el inciso tercero del artículo 53. El cumplimiento del plazo contemplado en el inciso primero del artículo 54 o el contemplado en el inciso primero del artículo 57, se suspenderá hasta por un plazo máximo de 10 o 15 días, respectivamente.

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

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

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

2) Agréganse los siguientes artículos 286 bis, 286 ter y 286 quáter:

“Art. 286 bis.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo quien celebre, implemente, ejecute u organice acuerdos, convenciones, contratos o convenios que involucren a dos o más competidores entre sí, persiguiendo cualquiera de los propósitos siguientes:

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

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

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

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

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

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

Informe de Comisión de Economía

de 1973.

Art. 286 quáter.- Las investigaciones de hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis sólo podrán ser iniciadas por querrela de la Fiscalía Nacional Económica. El querellante ejercerá los derechos de la víctima, de conformidad al Código Procesal Penal.

Si los hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis pudieren ser sancionados con las medidas contempladas en el artículo 26 del decreto con fuerza de ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, el Fiscal Nacional Económico podrá, discrecionalmente, interponer la respectiva querrela y/o presentar requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

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

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

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

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

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

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Artículo 1° transitorio.- La presente ley entrará en vigencia una vez publicada en el Diario Oficial, salvo la modificación contemplada en el numeral 17) del artículo primero que introduce el Título IV De las Operaciones de Concentración, el cual, junto con las demás normas que digan relación con él, regirá a partir del primer día del mes siguiente a que se encuentre totalmente tramitada la normativa reglamentaria que sea estrictamente necesaria para su aplicación.

Por su parte, la modificación contemplada en el literal b) del numeral 1) del artículo primero que agrega el literal d) al artículo 3°, entrará en vigencia una vez cumplidos doce meses contados desde la fecha de publicación de esta ley.

Artículo 2° transitorio.- El Presidente de la República, dentro del plazo de noventa días contados desde la fecha de publicación de esta ley, mediante uno o más decretos expedidos a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, dictará la reglamentación que sea necesaria para la aplicación de esta ley.

Artículo 3° transitorio.- Quienes se encuentren desempeñando el cargo de integrante del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a la época de entrada en vigencia de esta ley, continuarán rigiéndose por las normas vigentes a la época de su designación.

Artículo 4° transitorio.- El mayor gasto fiscal que irroque la aplicación de esta ley durante su primer año de

Informe de Comisión de Economía

vigencia, se financiará con cargo al presupuesto de la Fiscalía Nacional Económica, y en lo que faltare, con cargo a los recursos de la partida presupuestaria Tesoro Público, de la Ley de Presupuestos del Sector Público.”.

Tratado y acordado en sesiones de fechas 7, 13, 14 y 21 de abril; 5, 11, y 12 de mayo, 16 y 30 de junio; 7 y 21 de julio, 4, 11, y 18 de agosto, y 1 de septiembre, de 2015, con la asistencia de los Diputados (as) señores (as) Tuma, don Joaquín (Presidente); Bellolio, don Jaime; Chahin, don Fuad (Ortiz, don José Miguel); Edwards, don José Manuel; Espejo, don Sergio; Farcas, don Daniel; Fernández, doña Maya (Rocafull, don Luis); Jarpa, don Carlos Abel; Kast, don Felipe (Berger, don Bernardo); Lavín, don Joaquín (Trisotti, don Renzo); Núñez, don Daniel; Poblete, don Roberto (Rocafull, don Luis), y Van Rysselberghe, don Enrique.

Sala de la Comisión, a 24 de septiembre de 2015.



JAVIER ROSSELOT JARAMILLO
Abogado Secretario de la Comisión

Informe de Comisión de Economía

ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
1. Constancias reglamentarias previas	1
2. Asistentes	6
3. Antecedentes	7
4. Contenido del proyecto	8
5. Discusión general	18
6. Discusión particular	43
7. Texto aprobado por la Comisión	114
8. Tratado y Acordado	128
9. Anexos	
Intervenciones de los siguientes invitados (as):	
María Elina Cruz, Directora del Centro de Libre Competencia de la PUC	130
Aldo González, Profesor de Economía de la Universidad de Chile	132
Busana Jiménez, representante del Instituto Libertad y Desarrollo	135
Francisco Agüero, Director del Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile	138
Juan Pablo Montero, economista de la Universidad Católica	142
Claudio Agostini, Profesor de Economía de la Universidad Adolfo Ibáñez	148
Francisco Rosende, Profesor del Instituto de Economía de la PUC	153
Claudio Rodríguez, Director Nacional de Conapyme	156
Nicole Nehme del Centro de Estudios Espacio Público	157
Juan Pablo Hermsilla, Profesor de Derecho Penal de la UDP	165
Juan Pablo Maffelich, Profesor de Derecho Penal de la UdeCH	167
Fernando Alvear, Gerente General de la Confederación de la Producción y del Comercio (CPC)	178
Christian Acuña, Abogado de la CPC	179
Julio Pellegrini, Presidente de la Comisión de Libre Competencia del Colegio de Abogados	183
Pedro Rancorel, Secretario de la Comisión de Libre Competencia del Colegio de Abogados	186
Hernán Calderón, Presidente de Conadecus	188
Mario Bravo, Abogado de Conadecus	188
Victor Santelices, Abogado de Conadecus	191

Documento adjunto

- Informe de la Corte Suprema de fecha 28 de abril de 2015.

Anexos

1. Presentaciones de los invitados a exponer su opinión sobre el proyecto y el debate respectivo

La señora María Elina Cruz, Directora del Centro de Libre Competencia de la PUC, en relación con las multas por colusión, estimó necesario afinar los criterios establecidos para determinarlas, incluyendo atenuantes y agravantes, como por ejemplo, el no colaborar con la autoridad, que en el proyecto constituye una infracción separada. Echó de menos también la determinación de la base de la multa, que en el caso europeo es el 30% de las ventas del producto comprometido en la colusión, multiplicado por el número de años que haya durado la infracción. En este caso, falta definir si ese porcentaje será el de dichas ventas, o el de todas las ventas registradas en Chile o en el extranjero por la empresa involucrada, o las de todo el holding a que esta pertenece. Sin perjuicio de ello, dado que las partes no siempre estarán dispuestas a proporcionar información para determinar el beneficio obtenido, sugiere que en tal caso se aplique al infractor un monto fijo más alto que el vigente en la actualidad. Echó también de menos la aplicación de multas personales a los comprometidos en la colusión, para lo cual la FNE

Informe de Comisión de Economía

tiene atribuciones hoy en día.

En cuanto a la tipificación de la colusión, planteó la necesidad de derogar el artículo 285 del Código Penal, ya que de lo contrario habría superposición de normas. Afirmó que la pena de cárcel no es la mejor solución para estos casos, pues su efecto disuasivo no está demostrado, pero es lejos la más realista, razón por la cual sugirió incorporar en este debate al Ministerio Público, el cual declara no estar dispuesto a renunciar a la persecución penal de la colusión, sea por asociación ilícita, estafa u otra figura parecida, y ha sido siempre reticente a la aplicación de la delación compensada. Por todo ello, la invitada considera indispensable que la FNE tenga la atribución exclusiva de iniciar la acción penal en esta materia.

Refiriéndose al artículo 286 bis que se propone incorporar en el Código Penal, observó que éste sanciona a los competidores que se coludan entre sí, lo cual podría dejar fuera a otros involucrados, como fueron, en el caso de las farmacias, algunos laboratorios. Sugiere modificar la redacción para evitar esta exclusión. Asimismo, la norma en comento sanciona la colusión en las licitaciones convocadas por el Estado, pero no incluye las privadas, lo cual es muy importante porque es donde suele haber más conductas de este tipo en los países en desarrollo. Por último, advirtió que no siempre hay un organizador de la colusión, que en el proyecto es sancionado con pena de crimen. A veces, puede haber varios organizadores, o pueden serlo la empresa o la fuerza de ventas, por lo que habría que ver cómo se aplicará esta norma en la práctica.

Con respecto a la delación compensada, enfatizó la importancia de asegurar que el delator quede exento de responsabilidad penal, debiendo aclararse además si la exención se aplicará solamente al delator o a la empresa que representa y si esto será vinculante para el Ministerio Público. Planteó, además, que la atribución exclusiva del Fiscal Nacional Económico para iniciar la acción penal es muy positiva, pero debería ejercerse una vez terminado el proceso ante el TDLC y no de acuerdo al impacto que el caso produzca. Finalmente, aconsejó no vincular la delación compensada con las indemnizaciones, pues éstas no son sanciones, sino retribuciones por lo que el consumidor o la otra parte dejaron de ganar. Ahora, si se decide duplicar o triplicar la indemnización en estos casos, entonces sí constituiría una sanción y habría que determinar si la exención de responsabilidad se extiende o no a ella, pero en el derecho comparado el que se delata jamás queda liberado de indemnizar.

En lo relativo a la notificación previa de las fusiones, planteó que la decisión acerca de su aceptación o prohibición debe recaer en el TDLC y no en la FNE, porque si bien nadie quiere entabrar el funcionamiento de la economía, tampoco es deseable un país en el que se ha objetado una sola operación de concentración en toda su historia. En todo caso, duda de la conveniencia de presentar una consulta "completa", ya que no queda claro desde cuándo se entiende que lo está y empieza a correr el plazo para investigar y analizar con mayor profundidad la operación notificada. Sobre la fijación de los umbrales, planteó la necesidad de dar algún lineamiento en la ley, por ejemplo, para que sean revisados periódicamente.

Respecto de la FNE afirmó, en primer lugar, que no se le debe facultar para aplicar más sanciones, pues ya tiene muchas atribuciones, las mismas que el Ministerio Público, que por lo demás ha ejercido de muy buena manera. Tampoco es partidaria de traspasarle la facultad de efectuar recomendaciones normativas, sino más bien de otorgárselas sin excluir al TDLC, pues el problema actual es que las recomendaciones de éste nadie las escucha, ante lo cual sugiere establecer la obligación de darles respuesta. Planteó la necesidad de restablecer, a lo menos, las fiscalías económicas regionales existentes hasta el año 2003. Valoró que la FNE en Chile no divulgue a quiénes está investigando porque está demostrado internacionalmente que las empresas pierden entre el 3 y el 5 por ciento de su valor por el solo hecho de anunciarse que serán investigadas. Con todo, considera necesario mejorar la transparencia en las actuaciones de la FNE respecto de las partes. Por último, estimó que, como todo regulador sectorial, la FNE debe ser independiente del gobierno de turno, para lo cual la tendencia internacional es avanzar hacia el establecimiento de órganos colegiados (no cree que el sistema de ADP contribuya a ello).

Recordó que la Fiscalía puede llegar a acuerdos extrajudiciales o a conciliaciones con las partes, esto último, cuando interviene el TDLC. Además, la ley exige que los acuerdos extrajudiciales sean ratificados por el tribunal, el cual los ha aprobado advirtiendo que ello no significa que nunca más los vaya a revisar. Esto es importante porque se abren dos instancias para las partes en definitiva: la FNE no va a estar obligada a aplicar la multa del 30% de las ventas, pudiendo usar criterios de mayor racionalidad, por lo que aquellas optarán por llegar a este tipo de acuerdos en lugar de ir al TDLC, donde las sanciones serán mucho más estrictas.

Finalmente, considera absolutamente necesario que el TDLC fije las indemnizaciones que se deban a los afectados por la colusión, puesto que es el único que cuenta con dos economistas y no hay ningún juez civil que vaya a ser

Informe de Comisión de Economía

capaz de determinarlas de esa manera. En todo caso, si a las partes no les gusta el monto de los daños determinados por el TDLC, podrían hacer reserva de sus derechos para hacerlos valer en juicio sumario ante el tribunal civil. Además, las indemnizaciones colectivas le parecen importantes y debieran analizarse en conjunto con las modificaciones a la LPDC actualmente en trámite. Le pareció peligroso que las Asociaciones de Consumidores no puedan intervenir en los procedimientos de control de fusiones, porque si no hubiera sido por Conadecus la operación de concentración de LAN y TAM se habría aprobado sin dilación. Es cierto que muchas veces las AdC traban los procesos y actúan con "palos blancos" que las respaldan, pero resulta al menos discutible negarles toda intervención.

Planteó también la conveniencia de permitir que los interesados en una licitación (esto es, aquellos oferentes que cumplan las bases), puedan efectuar consultas o notificaciones, cosa que hoy es imposible pues el Tribunal de Contratación Pública considera que con ello se formaría un procedimiento contencioso. Hay un gran vacío en esta materia, puesto que el TCP tiene diez días de plazo desde que se abre una licitación para revisar si se ajustan a derecho, lo que es muy poco para que las partes hagan consultas si consideran que existe alguna alteración a la libre competencia en su desarrollo.

Para terminar, enfatizó que la FNE y el Sernac deben actuar coordinadamente.

El señor Aldo González, Profesor de Economía de la Universidad de Chile, expresó que el proyecto apunta en la dirección correcta. Lo conceptualmente correcto es imponer una sanción proporcional al beneficio sobre-normal logrado por los coludidos, el cual -no obstante- resulta difícil de estimar, ya que es necesario saber qué habría pasado si las empresas no se hubieran coludido. Además, hay que tener presente que el decreto ley N° 211 sanciona prácticas que produzcan o "tiendan a producir daños", lo cual significa que debe aplicarse una multa aún cuando el daño no se haya producido efectivamente. Por eso se utiliza como sanción una multa proporcional a las ventas, que deben estar referidas al mercado afectado durante el periodo que duró la infracción. La experiencia internacional demuestra que este parámetro suele estar entre el 10 y el 30 por ciento, y la propuesta del Gobierno se ubica en el límite superior. Este método sancionatorio es imperfecto, porque no permite saber cuál es el beneficio sobre-normal, pero es rápido, lo cual resulta aconsejable cuando el tribunal tiene claridad acerca de la falta anticompetitiva. Por lo mismo, es muy probable que se utilice este criterio por sobre el del beneficio obtenido y el tribunal deberá regular la sanción tomando en cuenta una serie de elementos cualitativos, tales como gravedad, duración, reincidencia, etcétera.

Por otra parte, advirtió el expositor que la función de la multa es disuadir y no compensar, porque no todo es compensable, especialmente cuando no ha habido daño efectivo. Siendo la disuasión y la compensación dos objetivos distintos, deben utilizarse al efecto instrumentos diferentes: la sanción administrativa y el juicio civil, respectivamente, los que no es aconsejable mezclar ya que, si bien puede resultar atractivo "matar dos pájaros de un tiro", pueden no lograrse los fines perseguidos.

En cuanto al traspaso de las multas a los consumidores, negó que las sanciones aplicadas a las empresas terminen siendo pagadas por aquellos, ya que las multas producen daño patrimonial a los dueños, para quienes representa un costo fijo que no se traspasa en sus operaciones comerciales.

Sobre la viabilidad financiera de una empresa a la que se impone una multa, observó que no es objetivo de la Ley de Defensa de la Libre Competencia "matar" empresas porque -al revés- la idea es que haya la mayor cantidad de oferta posible. Por lo demás, es improbable que una multa del 30% de las ventas, incluso del mercado afectado, por todo el periodo que haya durado el cartel, provoque el cierre de las empresas involucradas, porque aquí no se está hablando de Mipymes, sino de oligopolios conformados por grandes empresas que tienen activos hundidos, que tienen marcas, y aunque la multa les cause daño patrimonial -y el propósito es que así sea- la decisión de continuar en funcionamiento tiene que ver más bien con la posibilidad de obtener una rentabilidad futura. Además, la experiencia lo demuestra: en el mundo se han aplicado sanciones muy fuertes en materia de libre competencia y las empresas siguen operando.

Consideró correcto aplicar sanciones penales únicamente en el caso de los carteles, ya que su efecto es altamente disuasivo, en tanto la multa administrativa, aunque sea personal, podría ser asegurable por alguien. En cambio, es improbable o muy difícil que la pena de cárcel se traspase a otra persona. En todo caso, esta sanción debe ser compatible con la delación compensada.

Respecto de la prohibición de contratar con el Estado, no concuerda en absoluto con la propuesta del Ejecutivo, por

Informe de Comisión de Economía

ser esta una sanción muy inconveniente, primero, porque perjudica al propio Estado (ejemplo: laboratorio sancionado es el único que tiene licencia para producir un medicamento necesario para combatir una epidemia, o los coludidos son fabricantes de armas, etcétera). En segundo lugar, esta medida tiene una lógica de estanco, porque implicaría conceder un monopolio a la empresa que no hubiere sido sancionada por la colusión de sus competidores, si es que ello llegara a suceder, lo cual es improbable porque, cuando se configura un cartel, la idea es que estén todos los productores más cercanos de un determinado bien o servicio. En conclusión, el daño que produce el cartel consiste en restringir la oferta y subir el precio, y la sanción no puede hacer lo mismo.

Compartió la opinión de que el actual sistema de control preventivo de fusiones es muy imperfecto, por lo que cualquier mejora que se le introduzca sería un avance. En efecto, hay en la actualidad riesgo de materialización sin control preventivo; prolongados tiempos de revisión y aprobación (9-15 meses), incluyendo la Corte Suprema; superposición de atribuciones entre la FNE y el TDLC; múltiples intervinientes y múltiples formas de ingresar las consultas, incluyendo la posibilidad de no hacerlo, y la ley vigente ni siquiera habla de fusiones como una operación fundamental en materia de libre competencia. Todo esto provoca gran incertidumbre, lo cual no es positivo para las empresas.

Por otra parte, siempre se dice que Chile es una economía pequeña, por lo que tendríamos que ser más laxos con las operaciones de concentración. Sin embargo, en lo que respecta a la producción (PIB ajustado por la paridad del poder adquisitivo), estamos por encima de países como Grecia, Irlanda o Croacia, que tienen sistemas de control de fusiones. Con todo, hay quienes dicen que en una economía pequeña la libre competencia no funciona porque están todos (los actores) coludidos y, por tanto, habría que establecer un nuevo régimen económico). La verdad es que en nuestro país la libre competencia sí funciona y no hay distintos modelos de ella como para aplicar otro.

Ahora, el sistema obligatorio de control de fusiones en base a umbrales es ampliamente usado en el mundo; por ser objetivo y no discrecional, para lo cual los umbrales deben estar basados en variables objetivas, observables y verificables, tales como el monto de las ventas anuales o el valor de la empresa, que puedan verse reflejados en los estados financieros auditados de ésta. No pueden establecerse en base a variables como participación de mercado, porque eso ya forma parte del análisis de la fusión. Por último, es conveniente que los valores se actualicen en el tiempo y que haya un umbral único por industria, porque los costos de transacción de un sistema diferenciado son muy altos.

El proyecto propone un sistema de control en dos fases. En la primera, se filtran los casos notificados, lo cual debe hacerse rápida y fundadamente, por lo que la FNE deberá graduar los recursos destinados a ello. En la segunda, se analizan las operaciones con más detalle y, eventualmente, se podrán aprobar lisa y llanamente, rechazar o aprobar con condiciones, siendo apelable la resolución en estos dos últimos casos. Pero en el caso de la aprobación pura y simple no hay posibilidad de apelación y el riesgo de esto es que si la FNE fuera muy laxa no habría contrapeso alguno a su decisión, aunque reconoce que una solución distinta podría prestarse para acciones oportunistas.

Finalmente, formuló una propuesta de umbrales, que arroja como resultado preliminar alrededor de US\$ 60 millones para la empresa que compra (sic) y US\$ 170 millones en ventas para el conjunto. Estos umbrales son un poco más altos que los propuestos por el Minecon, pero involucran muchos factores, entre ellos, la cantidad de recursos que serán destinados a controlar la fusión.

La señora Susana Jiménez, representante del Instituto Libertad y Desarrollo, afirmó que este es un proyecto largamente esperado, pues ha habido un diagnóstico amplio y transversal respecto de la necesidad de perfeccionar la legislación vigente en materia de libre competencia, que se refleja, entre otros documentos, en el informe de la Comisión Asesora Presidencial de julio de 2012, gran parte de cuyas recomendaciones se recogen en esta iniciativa, que comprende modificaciones en materia de colusión, multas, control de fusiones y temas institucionales. Sin embargo, la principal innovación respecto de este diagnóstico compartido la constituye la incorporación de sanciones penales en caso de colusión, donde no hubo consenso en la referida comisión asesora ni tampoco lo hay entre los expertos en la materia. Por lo mismo, su pronóstico es que habrá controversia respecto de las sanciones penales propuestas y la implementación de algunas medidas que se reconocen como positivas.

En cuanto a la criminalización de la colusión, planteó que existe una disyuntiva entre el efecto disuasivo que puede representar la amenaza de una condena a penas de cárcel y la aplicación de sanciones administrativas, pero elevando el monto de las multas y la capacidad de detección de las infracciones. Lo importante es tener presente que no hay una receta única en el mundo para combatir la colusión: Estados Unidos tiene sanción penal; la Unión

Informe de Comisión de Economía

Europea no; el Reino Unido la tiene, pero la ha aplicado a solo tres casos en diez años, y Chile la derogó sin haberla aplicado jamás.

En lo personal, advirtió las siguientes dificultades para establecer esta sanción penal en Chile:

- Lleva a los tribunales penales materias de alta complejidad técnica económica que actualmente están radicadas en órganos especializados.
- Da cabida a procesos paralelos en tribunales diferentes, con disímiles estándares de prueba, lo que puede derivar en fallos contradictorios.
- La presión de la opinión pública, cuando estos casos se masifican, hace más difícil que los juicios sigan estándares estrictamente técnicos.
- La tipificación del delito que se propone podría no abarcar conductas que debieran ser sancionadas o castigar otras equivocadamente, mismo problema que llevó a derogarlo en el año 2003.
- No se resuelve el problema que genera el artículo 285 del Código Penal, en cuanto el Ministerio Público podría perseguir casos de colusión al margen de lo que la FNE pueda hacer en virtud de las nuevas disposiciones que se incorporan en ese cuerpo normativo. Sugiere derogar el precepto mencionado.
- Se confiere un fuerte poder de presión a la FNE durante el proceso de investigación, ya que de no alcanzarse acuerdos que le satisfagan, siempre tendrá la posibilidad de querellarse.

Por otra parte, hay antecedentes (informe OCDE 2003) que indican que sería más efectivo aplicar multas pecuniarias a las personas naturales, las cuales constituyen un importante disuasivo que nuestra legislación contempla, pero que se ha aplicado muy pocas veces. Consideró que debiera promoverse esta solución, pero de persistirse en la sanción penal, habría que eliminar dichas multas para no sancionar a las personas naturales dos veces por la misma causa (non bis in ídem).

Otra dificultad es que se elimina de la definición del ilícito de colusión la exigencia de que este confiera poder de mercado, la cual es importante porque al estar hoy en la ley obliga al tribunal a efectuar un análisis del grado de competencia en los mercados y a ver cuál es el efecto anticompetitivo que el cartel produce. En cambio, al suprimirse este requisito, lo que se hace es rebajar el estándar de prueba, porque bastaría demostrar que hubo una comunicación indebida entre competidores para acreditar la colusión y dar origen a sanciones penales, lo cual resulta exagerado porque esa comunicación puede no tener ninguna posibilidad de afectar el mercado. En su opinión, el TDLC debería acreditar este efecto en el mercado no solo para probar la colusión sino también para calcular el daño provocado a los consumidores con miras a una futura indemnización.

Con respecto a la delación compensada, que es un mecanismo clave para detectar y levantar pruebas que acrediten el acuerdo colusivo, señaló que, lejos de fortalecerlo, el establecimiento de la sanción penal lo debilita, ya que si bien se exime de responsabilidad al primero que se auto denuncia, debiera reducirse también la pena a quienes se sumen a esa delación, porque es la única manera de promover la entrega de antecedentes adicionales. Hay que tener en cuenta, además, que cuando una empresa se acoge a la delación compensada, es la persona jurídica la que actúa y cabe preguntarse qué tan protegidos quedan sus ejecutivos de la persecución penal posterior.

Sobre las multas aplicables a los carteles, consideró positivo asociar las sanciones al beneficio económico obtenido. El problema es que hay ilícitos que no conducen a beneficios económicos, lo que hace más difícil su cuantificación y, si los hay, su cálculo es altamente complejo porque hay que hacer una comparación entre el equilibrio de mercado competitivo y el alcanzado bajo esta conducta anticompetitiva. Por lo mismo, lo más probable es que se termine aplicando siempre el porcentaje sobre las ventas. A este respecto, advirtió que no basta establecer un límite máximo a estas multas, sino que hace falta incorporar ciertos criterios que reduzcan la discrecionalidad en su aplicación o que den más claridad en su determinación (base según gravedad, agravantes y atenuantes, límite máximo global, reducción por delación compensada, etcétera).

Respecto de lo lesiva que puede resultar la multa calculada sobre las ventas, consideró necesario aclarar si estas serán las de la línea de negocios sujeta a investigación o las ventas totales de la empresa involucrada en la colusión, pues en este último caso se castigaría proporcionalmente más a los holdings, por tratarse de empresas

Informe de Comisión de Economía

multiproducto, y habría mayor riesgo de quiebra del infractor si la sanción se aplica por todo el periodo de la infracción. Acotó que, en Europa, la multa del 30% se aplica sobre las ventas de la línea de negocios, con un tope del 10% de las ventas globales del último año. Citó un trabajo de uno de los ministros del TDLC que ha hecho un ejercicio metodológico de aplicación de multas, concluyendo que éstas deben tener un tope global, que este personero sitúa en el 10% de la facturación total neta de la firma. Sugirió evaluar también la alternativa de calcular las multas como un porcentaje del patrimonio de las empresas, ya que a igual volumen de ventas los márgenes pueden ser diferentes.

En torno al control de fusiones, observó que el sistema propuesto en el proyecto es de carácter "híbrido", pues obliga a notificar toda operación de concentración que supere ciertos umbrales y permite a la FNE investigar las operaciones no notificadas hasta por un año después de que éstas se hayan perfeccionado. Advirtió que en esta materia hay también mecanismos diversos a nivel comparado, primando en los casos de Estados Unidos y la Unión Europea el control obligatorio. Por su parte, la Comisión Asesora Presidencial y la OCDE recomiendan el sistema mixto o híbrido, el cual reduce la incertidumbre actual, pero presenta otras dificultades, una de las cuales es la fijación del umbral que gatillaría la consulta obligatoria. Esto es muy relevante porque va a determinar cuántas operaciones van a ser revisadas por la FNE y cuántas serán eventualmente objeto de investigación. En tal sentido, estimó que el umbral debe tener en cuenta el efecto de la operación de concentración sobre la competencia en los mercados, más que la envergadura económica de ésta. Advirtió que, al calcularse el umbral sobre las ventas, obligará a los holdings multiproducto a notificar todas sus operaciones. A modo de ejemplo, señaló que Falabella tiene ventas anuales por US\$ 15 mil millones, por lo que cualquier operación de concentración que involucre el 0,1% de estas (US\$ 15 millones) debería ser notificada obligatoriamente a la FNE; y si esta empresa estuviera involucrada en un ilícito anticompetitivo, la multa aplicable alcanzaría los US\$ 4.500 millones, lo que la expositora consideró desmedido.

Por lo expuesto, opinó que los umbrales no deben ser demasiado restrictivos, porque aumentarían la burocracia y el gasto de recursos fiscales y porque en un mercado libre la mayoría de las operaciones no constituyen una amenaza a la competencia. De ahí que el control de fusiones apunte a prevenir un riesgo eventual y no a enfrentar un peligro concreto, y por eso hay que mantener la flexibilidad al fijar dichos umbrales.

Hizo notar que existe controversia en cuanto a que ambas etapas de revisión de las operaciones de concentración queden radicadas en la FNE, pues el informe de la OCDE recomendaba el procedimiento contemplado en el proyecto, pero sujetando la decisión tomada en la segunda etapa a la revisión del TDLC, o que la primera fase la llevara a cabo la Fiscalía y la segunda el tribunal. Advirtió que el proyecto establece la posibilidad de revisión judicial solo cuando la operación hubiere sido rechazada por la FNE, no así cuando impusiere condiciones excesivas que hagan incluso inviable la operación, pudiendo estas ser no solo las propuestas por el que notifica sino también las definidas por la propia Fiscalía.

En lo que atañe a las reformas institucionales, consideró positivo que se faculte a la FNE para recabar información con miras a efectuar estudios de mercado, pero le preocupó que pueda haber una actuación intrusiva del ente fiscalizador y persecutor, sin límites ni plazos, etcétera. No objeta el hecho de que se traspasen del TDLC a la FNE facultades para efectuar recomendaciones en materia de dictación, modificación o derogación de preceptos legales y reglamentarios, pero afirmó que el tribunal tiene mayor autonomía respecto del gobierno de turno, por lo que sugiere que la Fiscalía presente sus propuestas a éste para así aportar al perfeccionamiento de los mercados.

Por último, en relación con las indemnizaciones de perjuicio con motivo de infracciones a la libre competencia, advirtió que si se elevan mucho las multas habrá una contienda por los recursos que queden para compensar a los consumidores. Además, habrá tres tribunales competentes para intervenir en cada uno de estos casos (TDLC, juez penal y juez civil), lo que podría eternizar los procesos, y existe el temor, incluso del propio Fiscal Nacional Económico, de que esto pueda dar origen a una industria del litigio. En todo caso, estima que la indemnización debiera derivar de un cálculo de daños efectuado por el TDLC, por lo que sería importante que éste acreditara el poder de mercado excesivo que la conducta anticompetitiva le ha conferido al infractor.

En suma, valoró el proyecto en cuanto perfecciona la legislación sobre libre competencia, recogiendo propuestas transversales (salvo la sanción penal por colusión), pero recuerda que "el diablo está en los detalles", por lo que llama a promover un debate técnico serio para que esta iniciativa logre el objetivo perseguido.

El señor Francisco Agüero, Director del Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, sostuvo que dicho centro fue creado hace cinco años y está dirigido a la creación de

Informe de Comisión de Economía

conocimiento en materia de diseño institucional y regulación social y económica, incluyendo la regulación del mercado conforme a la competencia. Su presentación se refiere fundamentalmente a cuatro grandes temas: carteles, control de fusiones, atribuciones de la FNE y otros.

Con respecto a los carteles, argumentó que producen un enorme daño a la economía. Conceptualmente, se habla de carteles como "acuerdos entre competidores con fines anticompetitivos", entendiendo que ellos atentan contra el principio de que en los mercados los rivales actúan de manera independiente. Pero, además, en un cartel, un miembro del acuerdo secreto estará mejor si logra hacerle trampa a sus socios, por ejemplo, vendiendo a precios menores que los establecidos por ellos. Estos acuerdos entre rivales pueden ser de precios, de división de mercados, de calidad e innovación (incluso relativos a recursos humanos como ha sucedido recientemente en Estados Unidos), y también sobre licitaciones o subastas públicas.

El problema de los carteles es la dificultad para probar su existencia, ya que el esquema tradicional de investigación motiva a que los miembros del cartel actúen concertadamente también en su defensa y el descrédito y ocultamiento de las pruebas los beneficia a todos. Como decía el Presidente del TDLC, se han descubierto muchos carteles en los últimos años, pero ello obedece probablemente a los cambios que ha habido en la forma en que se investigan y persiguen, pues hoy existen la delación compensada y ciertas medidas intrusivas sin las cuales todos "mueren en la rueda" y niegan toda participación en un cartel. Incorporando elementos de inestabilidad como los mencionados se generan incentivos para que quien sea parte de un acuerdo de estas características lo rompa y delate, o sea descubierto por la agencia de la libre competencia que es la FNE.

Con la delación compensada, y con otros mecanismos como la posibilidad de llegar a acuerdos, como ha ocurrido ante el TDLC, en que una o varias compañías deciden colaborar aportando antecedentes, se ha logrado descubrir estos acuerdos secretos. Por lo mismo, puede decirse que la delación compensada ha funcionado, pero el problema que tiene es la incertidumbre que produce la eventual aplicación del artículo 285 del Código Penal, que está tipificado en el párrafo de los delitos contra la libertad de industria (que equivalen a los delitos contra la libertad de empresa) y que pese a su antigüedad sigue siendo relevante.

Otro problema de los carteles es cómo castigarlos: si basta con la multa administrativa o es necesario agregar otro tipo de sanciones. Lo importante debiera ser que el costo de cartelizarse siga siendo mayor que el beneficio de incumplir la normativa de libre competencia. La cuestión es cómo se logra romper estos acuerdos secretos que normalmente son bastante estables. Una de las soluciones es imponer multas a las empresas infractoras, como ha ocurrido en Chile, donde ellas se han ido elevando en el tiempo. También es posible establecer mecanismos para asegurar la devolución de los beneficios ilícitos (Indemnizaciones; acciones colectivas, incluso, por enriquecimiento sin causa). Otros países han optado por establecer sanciones penales (EE.UU., U.K., Brasil, Colombia, México), y también incentivos económicos (recompensas o sistemas de whistle-blowing). En la llamada Comisión Rosende hubo discrepancia respecto de la sanción penal, opinando algunos, entre los cuales se incluye el expositor, que puede ser un disuasivo eficaz, ya que para un alto ejecutivo empresarial la amenaza de estar eventualmente en un recinto penitenciario puede ser un poderoso estímulo para no formar parte de un cartel, o para revelar su existencia a la agencia de libre competencia.

Recordó, sin embargo, que durante mucho tiempo este mecanismo no funcionó, pero sin duda la cárcel es un disuasivo enfocado en las personas que permite detectar los carteles, a diferencia de las multas que se centran en las compañías, salvo escasas excepciones. Además, la cárcel afecta la reputación personal y empresarial del individuo, y la libertad perdida no puede ser restituida por el dinero. Es cierto que el año 2003 se derogó la figura penal existente desde 1973, pero esta era una norma tan amplia que castigaba prácticamente cualquier conducta contraria a la libre competencia, lo que creaba un gravísimo problema de legalidad y de constitucionalidad. Este problema es a su juicio subsanado en el proyecto de ley, porque hay una redacción del tipo penal bastante clara, enfocada en los carteles más duros.

Por otra parte, en los últimos años ha habido un enforcement mucho más sofisticado y moderno para detectar carteles, y la justicia penal está mejor preparada para conocer casos complejos de criminalidad económica. Los jueces se capacitan periódicamente en temas de derecho del consumidor o en temas penales, etcétera. No obstante, es efectivo que puede haber decisiones contradictorias (si la colusión es sancionada administrativa y penalmente), porque hay estándares de prueba distintos y porque la descripción del tipo penal es diferente a la del ilícito administrativo. Pero esto es algo que también ocurre en otras áreas, como mercado de valores o asuntos tributarios, con lo que se tiene que convivir.

Informe de Comisión de Economía

Entre los comentarios que le merece la regulación de esta materia está la eliminación de la referencia al poder de mercado que debiera conferir el acuerdo colusorio y el reproche por el que se hace a los carteles, que más parece un esquema tipo quick look, porque la demostración de que hay un cartel bueno es compleja y, si hubiera un acuerdo lícito entre competidores, como pudiera ser el de los abogados que trabajan bajo una comunidad de techo y fijan precios comunes, o el acuerdo tarifario de todos los ginecólogos de la provincia de Ñuble, habría que ver cuál es el mercado afectado, porque en el segundo caso habría cartel y en el primero no. En todo caso, puede haber acuerdos entre rivales que generan beneficios, como los joint venture, pero ellos por lo general son públicos y lo bueno es que, si hay alguna duda, existe actualmente la posibilidad de consultar al TDLC o podrán entrar voluntariamente a futuro a control de fusiones, lo que no alteraría el estándar de prueba y no tendría efecto penal.

Por otra parte, el proyecto propone elevar las multas, siguiendo criterios internacionales, fijando montos que van desde el 10 hasta el 30 por ciento de las ventas, porque determinar el patrimonio de una compañía puede ser complejo. Si se quisiera calcular la multa sobre las utilidades, una empresa podría comprar pérdidas y no registrar utilidades por mucho tiempo.

La modificación al Código Penal otorgaría certeza a los actores del mercado en cuanto al beneficio de la delación compensada, ya que hoy nada obsta a que el delator sea objeto de persecución criminal, como se ha visto en el caso farmacias, donde hay una triada de juicios: en materia de libre competencia, en materia penal y en materia civil por daños. El proyecto contiene avances en esta materia, aclarando que el primer delator no va a ser sancionado y estableciendo el monopolio de la acción penal en favor de la FNE.

En materia de sanciones, se establece también la prohibición de contratar con la Administración del Estado -hasta por cinco años- para quienes sean condenados por formar parte de un cartel. Es una sanción poco conocida en derecho comparado, pero la Ley de Compras Públicas vigente en Chile establece la misma prohibición para quienes hayan sido condenados por prácticas antisindicales, infringido los derechos fundamentales de los trabajadores o cometido un delito concursal. Sin embargo, de acuerdo a la redacción de la norma propuesta, pareciera que sería factible que estas personas contrataran con otros órganos del Estado, tales como el Congreso Nacional, el Banco Central o el Poder Judicial.

En materia de control de fusiones, lo que tenemos actualmente es un sistema semivoluntario, lento e inoportuno según un informe de la OECD, donde solo algunas fusiones han sido consultadas. Se realiza a través de un procedimiento judicial (TDLC), con la posibilidad de reclamar ante la Corte Suprema, lo cual hace que las operaciones de concentración demoren mucho tiempo en ser autorizadas, cosa que en el derecho comparado lleva solo algunos días. El proyecto propone pasar de un procedimiento judicial a otro de carácter administrativo, con un control jurisdiccional por parte del TDLC, donde puede ser objeto de debate definir qué materias se deben revisar porque, si no se puede reclamar respecto de una resolución administrativa, habrá naturalmente algún tipo de contencioso que alguien quiera impulsar para reclamar sus derechos. La ventaja de este sistema es que es más expedito y da la posibilidad de que haya un diálogo regulatorio entre las partes interesadas y la FNE, lo cual contribuye a evitar sorpresas, como el rechazo de una operación por alguna razón imprevista.

Aparece aquí la obligación de consulta previa, que parece positiva, y el establecimiento de umbrales a través de la potestad reglamentaria, lo cual es beneficioso porque permite llevar a cabo un proceso de consulta con los actores del mercado antes de dictar el reglamento y porque fijar los umbrales en la ley puede rigidizar demasiado su necesaria revisión periódica. Además, esto facilita el aprendizaje y la posibilidad de cambio. Se otorgan a la FNE potestades de inspección, lo que puede resultar complejo respecto de terceros, pero la propuesta constituye un avance, a juicio del expositor.

En lo que atañe a las nuevas potestades de la FNE, aparecen los estudios de evolución competitiva, que pueden servir como insumos para posibles cambios normativos y son muy habituales en el derecho comparado. Asimismo, se faculta a este organismo para dictar instrucciones acerca de la forma en que se deberán cumplir sus propias obligaciones y deberes, lo que plantea el problema de cómo controlar el acatamiento de aquellas.

Hay un gran avance en lo que atañe al acceso al expediente de la Fiscalía, incluso, durante la investigación, cosa que actualmente no ocurre, ya que cuando las partes son requeridas por ella solamente pueden conocer el expediente una vez que el tribunal así lo ordena. Se trata de una mejora significativa, que debe ser valorada en su justa medida. También se establecen sanciones por la entrega de información falsa o declaraciones incompletas, que pueden consistir en multas o prisión. Al respecto, puede ser necesario revisar algunas cuestiones, como el derecho a no inculparse o a no declarar por parte de quien no está siendo investigado.

Informe de Comisión de Economía

En último término, el proyecto propone cambios sustantivos en materia de potestad consultiva, pues el control preventivo de fusiones actualmente no existe en la ley y solo se contempla como una facultad administrativa del TDLC. Aquí resulta adecuado delimitar la legitimación activa de los consultantes solo a los interesados en el negocio y, eventualmente, a la FNE en operaciones que no sean de concentración como pueden ser sistemas de contratos o franquicias de farmacias, etcétera. Las recomendaciones normativas recaerían también en la FNE, lo que a juicio del expositor es un mecanismo más expedito que el actual, porque hoy la FNE puede estar uno o dos años revisando una industria y puede archivar la investigación o efectuar una recomendación, iniciándose entonces un procedimiento ante el TDLC que puede tomar un buen tiempo.

En materia de acuerdos extrajudiciales, mecanismo que ha sido bastante útil desde el año 2009, planteó que, si lo que se busca es que ellos produzcan efecto erga omnes, para que otorguen la misma certeza jurídica que la que se lograría con una resolución en el caso de la potestad consultiva, parece aconsejable que exista la posibilidad de recoger la opinión de terceros a fin de que así ocurra.

Finalmente, celebró la modificación que se propone introducir en la ley N° 19.496, pues está en línea con lo resuelto por las Cortes tras las demandas colectivas en el caso de las farmacias y con lo informado por la Corte Suprema a este Congreso Nacional en el año 2011.

El señor Juan Pablo Montero, economista de la Universidad Católica, estuvo de acuerdo con el propósito de buscar la manera de evitar la formación de carteles y concordó con el Presidente del TDLC en que la institucionalidad de libre competencia en el país ha mejorado muchísimo en los últimos diez años, pero todavía es insuficiente. Señaló que en Estados Unidos, con todo lo severa que es la legislación antimonopolios, siguen descubriéndose carteles a razón de uno al mes, según un estudio de un profesor de apellido Miller del año 2009, aunque lo importante es saber cuántos carteles se forman cada año, porque el objetivo de la legislación debe ser inhibir su creación y no aumentar las posibilidades de detección. En base a ese ejemplo, afirmó que la efectividad de la pena de cárcel, tanto para detectar como para reducir la formación de carteles, no está acreditada en la literatura especializada. Incluso, hay quienes opinan que el aumento de las penas podría dar mayor estabilidad a los carteles, incentivando su creación. Por último, planteó que no es fácil determinar si en un caso determinado existe o no colusión, porque para ello hay que construir un contrafactual: ¿qué hubiera pasado en un ambiente competitivo en comparación con uno colusivo?, ya que el hecho de que los precios suban, bajen o se mantengan estables puede ser signo de lo uno o de lo otro. Luego, para estar seguros de que estamos frente a un ilícito de colusión, es importante exigir que haya una demostración suficientemente contundente de que tal es el caso. Entonces, si se va a modificar la legislación, hay que tratar de moverse en esa dirección, mirando con mayor cuidado y seriedad si esos ilícitos han ocurrido o no.

En ese sentido, concordó con el aumento de las multas y con que sean proporcionales a los beneficios que obtenga el cartel, que son más o menos equivalentes a los daños que sufren los consumidores. Sostuvo que el 30% de las ventas debe estar referido a los productos involucrados en el acuerdo colusivo y no a la línea completa de negocios de la empresa comprometida, y es importante que el proyecto así lo clarifique. Sin embargo, expresó su preocupación de que la eliminación de la exigencia de que el acuerdo o la práctica concertada confieran poder de mercado no haga más que debilitar el estándar de prueba, pues ello implicaría un retroceso. Afirmó que la ley debiera ser más precisa al respecto y exigir que, al acusar un cartel, se acredite que hubo daño a los consumidores, porque si se miran los datos del mercado no es evidente que el solo acuerdo afecte la libre competencia.

Ahora, si se acredita que la concertación de precios produjo daño a los consumidores, sean estos finales o intermedios, será necesario estimar la magnitud de esos daños, para lo cual habría que pronunciarse sobre cuáles hubieran sido los precios en un mercado competitivo y comparar eso con los precios observados. Es difícil, pero no imposible y sería muy beneficioso que el proyecto avanzara en exigir que esa estimación se haga. Una posibilidad es que el TDLC tenga la facultad de hacer tales estimaciones, para lo cual podría requerir mayor capital humano y recursos con el objeto de pedir, por ejemplo, informes a terceros. Consideró que el TDLC es un ente independiente y debiera ser éste el encargado de hacer tal cosa.

Para terminar, insistió en que el aspecto más crítico de la ley en proyecto es el de la eficacia de la pena de cárcel para inhibir la formación de carteles, y la mayor o menor capacidad de detección de estos es secundaria, pues los carteles seguirán existiendo y eso no significará que la institucionalidad no esté funcionando. Al contrario, si se detectan nuevos carteles, será porque funciona.

Informe de Comisión de Economía

El diputado señor Núñez, don Daniel, coincidió en que, independientemente de las leyes que se dicten para combatir los carteles, ellos seguirán existiendo porque el modelo económico chileno tiene una tendencia consustancial a su naturaleza hacia la concentración de la propiedad de los negocios, la que a su vez constituye una antesala de la colusión. Planteó por ello que el sistema de control de fusiones no está suficientemente tratado en el proyecto, siendo clave para evitar la cartelización. Pidió al Presidente del TDLC profundizar en sus apreciaciones sobre las operaciones de concentración vertical, porque en el caso de la pesca se han conocido denuncias de que la integración vertical excluye a otros actores del mercado. Afirmó, por último, que la impunidad de los delitos económicos en Chile es bastante alta y va más allá de la colusión, lo cual es un problema serio de nuestra institucionalidad.

El diputado señor Espejo celebró el grado de consenso mostrado por los invitados en los aspectos más relevantes de la iniciativa en debate. Planteó que lo que se debe buscar en materia de colusión es establecer incentivos para que los agentes del mercado observen las conductas que se espera de ellos, sabiendo que las prácticas concertadas se realizan con la convicción de que no serán descubiertas. Citó un texto de Scott Hammond (ex funcionario de la División Antimonopolios del Departamento de Justicia estadounidense), quien sostenía que para combatir los carteles era necesario satisfacer tres criterios: la severidad de las sanciones; el riesgo de ser sorprendido, que si es bajo hace ineficaz lo primero, y la predictibilidad de las consecuencias. Consideró que el proyecto presenta avances significativos en esos tres aspectos, lo cual lo lleva, más allá de algunos detalles que habría que mejorar, a apoyar la propuesta del Ejecutivo.

Sostuvo que el daño a los consumidores está implícito en la determinación de las multas aplicables a la colusión por parte del TDLC, como también los efectos anticompetitivos sobre los mercados. La ilicitud de la conducta, sin embargo, no requiere acreditar daños, porque la colusión es una práctica anticompetitiva per se.

En relación a las apreciaciones del Presidente del TDLC, insistió en la conveniencia de escuchar a los demás miembros de dicho tribunal, porque le consta que entre ellos hay distintas opiniones sobre las materias que el proyecto aborda. No logra entender lo afirmado en cuanto a la ineficacia de la sanción penal en el combate a la colusión, porque el argumento sigue la lógica de que ella no se había aplicado hasta el año 2003, razón por la cual se derogó y solo a partir de entonces se empezaron a detectar carteles y a aplicar sanciones, lo que haría innecesario reponer ahora la pena de cárcel. No obstante, las facultades de la FNE en ese entonces eran prácticamente inexistentes y quienes trabajaban en ella lo hacían ad honorem en su tiempo libre. Es decir, no existía ninguno de los mecanismos que se incorporaron posteriormente para detectar casos de colusión (delación compensada, facultades intrusivas de la Fiscalía) y tampoco el TDLC. Por tanto, no se pueden comparar ambas situaciones. Lo que queda en evidencia, sin embargo, es que, en la medida en que se mejora la capacidad de detección, se pueden descubrir y sancionar más carteles, además de prevenir su formación. Dicho esto, afirmó que la sanción penal es una alternativa más que razonable, adoptada en economías de mercado mucho más desarrolladas, como Estados Unidos, Inglaterra y otras, donde el valor de la competencia es muy anterior a la época en que Chile se había acercado siquiera a ella. Luego, el argumento de que el instrumental actual es adecuado y permite resolver el problema de fondo, cuando la comparación se hace con un momento en que nada de ello era posible, no se sostiene.

Preguntó a la señora Jiménez si la atribución exclusiva de la FNE para interponer querrela criminal por el delito de colusión resolvería, al menos parcialmente, el problema que Libertad y Desarrollo advierte en relación a que la sanción penal obligaría a un tribunal no especializado a conocer materias de alta complejidad técnico-económica que, por lo mismo, están actualmente radicadas en órganos especializados (la FNE y el TDLC). Asimismo, pidió ahondar en las dificultades de tipificación del delito que la invitada aprecia en el texto de la iniciativa, pues en lo personal estimó que el avance en materia de determinación de la conducta típica en ella es muy sustantivo, sin perjuicio de que pueda mejorarse. Preguntó, además, si la interpelada duda de la independencia del Poder Judicial al afirmar que la presión de la opinión pública hace más difícil que el juicio criminal siga estándares estrictamente técnicos.

Por último, hizo presente que, cuando en Europa se habla de multas con un límite máximo del 10% de las ventas anuales, este se refiere a las ventas globales de las empresas involucradas, porque en la mayoría de los casos se trata de compañías transnacionales, cosa que debiera incorporarse en nuestra legislación. Pero la evidencia empírica muestra que la ganancia adicional de un cartel varía entre 17% y 40%, por lo que al fijar las multas habría que tener cuidado de asegurar que la sanción sea mayor que el beneficio de infringir la ley.

El diputado señor Bellolio consultó la opinión de los invitados sobre la posibilidad de que en materia de colusión

Informe de Comisión de Economía

haya un procedimiento penal paralelo al administrativo y, aparte, una acción de clase. Preguntó cómo resolver la tensión entre un tipo penal demasiado específico que permita a un cartel operar en los límites del mismo y uno demasiado genérico que termine siendo una ley penal en blanco. Con respecto a las multas, inquirió cómo hacer la diferencia entre el beneficio fiscal y los daños punitivos, pues mientras mayor sea la sanción pecuniaria que se imponga a una empresa menor posibilidad tendrá de indemnizar a los afectados. En cuanto al monto máximo de las multas, dijo entender que el 30% de las ventas debiera estar referido a la línea de negocios afectada por la colusión, ya que de no ser así podría desaparecer un competidor del mercado lo que, en todo caso, podría ser razonable como sanción indirecta. Preguntó, ¿cuál debiera ser el umbral que gatillara el control obligatorio de fusiones, para que cumpla la exigencia de ser alto y objetivo, y si en el caso de las fusiones verticales o de conglomerados debería ser igual o superior? Por último, en materia de recomendaciones normativas, consultó si las que eventualmente haga la FNE debieran elevarse en consulta al TDLC para que, emanando de un órgano unipersonal, tengan un necesario contrapeso.

La señora Susana Jiménez aclaró que la inconveniencia de llevar materias técnico-económicas a la justicia penal teniendo tribunales especializados no es algo predicable solo respecto de Chile. El hecho de que el Reino Unido haya tenido que revisar la sanción penal de la colusión diez años después de haberla impuesto, por ejemplo, es producto de lo mismo. Tener procedimientos administrativos y penales simultáneos no es lo común en el derecho comparado. Estados Unidos tiene radicado el asunto en el sistema penal y la Unión Europea en el administrativo, pero tenerlo radicado en ambos es complejo y crea confusión. Como estos temas son difíciles de probar y de acreditar el daño causado, le pareció que serían mejor analizados y resueltos por el TDLC y, por lo tanto, el hecho de que la FNE tenga la facultad exclusiva de incoar la acción penal no resuelve nada.

Sobre la dificultad de tipificar la conducta colusoria, argumentó que lo que se propone hoy es mucho mejor que lo que había cuando se decidió derogar la figura en el año 2003, pero dado que el ilícito debe estar perfectamente delimitado, se corre el riesgo de dejar fuera o incluir indebidamente situaciones que ameritan o no una sanción penal. Personalmente, afirmó que es muy distinto que dos actores traten de coordinar acciones entre sí sin tener ninguna posibilidad de influir en el mercado, situación que podría caber dentro del tipo descrito, a que otros dos compartan información y eso tenga efectos dañinos para la libre competencia, situación que no estaría tipificada según los términos del proyecto. En suma, sostuvo que persisten problemas en este aspecto, aun cuando se vislumbra algún avance.

En cuanto a la independencia del Poder Judicial, considerando que los tribunales están integrados por personas, manifestó que la presión de la opinión pública siempre influye y, por lo tanto, hay que tratar de resguardar que el análisis sea lo más técnico posible. Consultada al respecto, argumentó que esta influencia sería menor en el TDLC porque lo que se ha visto hasta ahora es que los procesos que este lleva a cabo son mucho más reservados y, debido a la forma en que se deben acreditar ante él los ilícitos, el análisis de los hechos es distinto.

Estimó inconveniente que los procesos administrativo y penal sean simultáneos y sugirió que primero se resuelva la situación de las personas jurídicas ante el TDLC y luego se interponga querrela criminal contra las personas naturales que corresponda. Coincidió en que las multas e indemnizaciones deben "conversar" entre sí porque los recursos son limitados. También estuvo de acuerdo en que la evaluación de las fusiones debe considerar lo más parecido al mercado relevante, porque hay que entender que lo que se busca es prevenir eventuales daños a la libre competencia; se trata de prever el efecto que la conducta colusoria tendrá en el mercado relevante y, por tanto, lo que hay que analizar es la línea de negocios.

El señor Tomás Menchaca coincidió en que la figura penal anterior al año 2003 era mucho peor que la que hoy se plantea, pero cuando el legislador decidió derogarla fue para crear una institucionalidad administrativa adecuada para perseguir carteles y todo tipo de infracciones a la libre competencia. Se le han dado a esta más de 10 años para perfeccionarse y, aunque todavía hay cosas que mejorar, es una institucionalidad que está funcionando. Esto ha permitido hacer más eficaz la lucha contra los carteles y no deberían ponérsele cortapisas a los órganos competentes para seguir haciéndolo. Si se quiere establecer un tipo penal, no es difícil mejorar el que había, pero tiene todos los problemas mencionados con anterioridad, aunque el principal argumento es que la cultura jurídica y la institucionalidad chilena son distintas de las que existen en otras jurisdicciones, como Estados Unidos, donde hay una muy buena persecución penal y sería un disparate acabar con ella para cambiarla por una como la del TDLC. Asimismo, en un país que tiene instituciones administrativas que se han venido fortaleciendo, poner dificultades a su funcionamiento desde el punto de vista jurídico, práctico y probatorio, puede ser riesgoso. Todos los miembros del tribunal y de la fiscalía, y todos los especialistas, quieren que la persecución de los carteles sea lo más eficaz posible y que idealmente dejen de existir, por lo que lo importante es que la institucionalidad que se

Informe de Comisión de Economía

cree sea adecuada para ello. Scott Hammond tenía razón en que la sanción penal es uno de los elementos para combatir la colusión, pero también lo son el riesgo de detección y la predictibilidad de las consecuencias; y si el riesgo de detección disminuye, aun cuando la pena aumente, el resultado final podría ser peor. Es un riesgo que el legislador tendrá que decidir si quiere asumir, pero si lo hace debería tomar resguardos para reducirlo al máximo. Luego, si quiere establecer una sanción penal, tendrá que establecer mecanismos para que la mayor dificultad probatoria y la posibilidad de que haya sentencias contradictorias disminuyan.

En materia de integración empresarial, señaló que hay consenso entre los expertos en libre competencia a nivel mundial en que las más riesgosas operaciones de concentración son las horizontales porque, en definitiva, dos empresas que previamente competían dejan de hacerlo. Hay casos de operaciones verticales que también producen grandes problemas. Por ejemplo, cuando una misma empresa era dueña en Chile de una planta generadora, una transportadora y una distribuidora de electricidad, se llegó a un acuerdo en la Comisión Resolutiva para que se vendiera Transelec, cortándose así la integración vertical, lo que fue muy importante para la libre competencia. Pero se trata de casos puntuales, que habría que ser ciego para no ver que afectan el mercado y que pueden ser perseguidos por la FNE sin necesidad de que haya consulta obligatoria. Por lo mismo, consideró más eficiente limitar el control obligatorio de fusiones a los casos que más frecuentemente son dañinos para la libre competencia, como son las operaciones de concentración horizontal, permitiendo que las verticales o de conglomerado sean consultadas voluntariamente. Hay que pensar que si llegan a consulta muchas operaciones inocuas para la libre competencia, el riesgo de que se pasen algunas por falta de recursos también aumenta, por lo que es mejor revisar bien las que son realmente importantes.

Con respecto a las acciones colectivas indemnizatorias, recordó que cuando se tramitó la ley que creó el TDLC sugirió radicar en éste los casos de competencia desleal, pero el tema quedó entregado a la justicia civil, siendo mucho más técnico que las demandas de indemnización de perjuicios. Tratándose exclusivamente de acciones colectivas que emanen de infracciones a la Ley de Defensa de la Libre Competencia, cree que se le podría pedir al TDLC un mayor esfuerzo por acreditar el daño a los consumidores, porque cuenta con más herramientas técnicas para ello, pero no es experto en derecho civil de daños, que es mucho más que establecer un monto a través de un análisis econométrico, por lo que radicar en él las acciones de clase tendría ventajas y desventajas. Podría ser positivo en la medida en que no suponga una sobrecarga de trabajo que lleve a debilitar la labor fundamental del tribunal, que es perseguir los atentados a la libre competencia.

El señor Francisco Agüero, planteó que los hombres de negocios, que es a quienes está orientada la legislación de libre competencia, quieren reglas claras y sencillas. Por lo mismo, si bien la propuesta del profesor Montero de que se haga un análisis económico (de los efectos de la colusión) puede ser correcta, genera incertidumbre porque la regla ya no es tan clara y no basta saber que no se debe cruzar la luz roja. Precisó que hasta el año 2003 sí se detectaron algunos carteles y se aplicaron sanciones penales, pese a las deficiencias de la tipificación. Uno fue el caso de la nacionalización de la banca que emprendió el Presidente Salvador Allende, sobre el cual la Comisión Resolutiva pidió en 1975 que se ejerciera la acción penal, y otro relacionado con una agrupación de taxistas en 1994. Hubo otros casos muy graves, como el de la colusión de las farmacias, donde hubo una especie de delación compensada de parte de Cruz Verde, pero igual fue sancionada, aunque no se ejerció la acción penal. Respecto del monto de las multas, está de acuerdo en que se deben considerar para su determinación las ventas globales y la ganancia en exceso, pero también la proporcionalidad de la sanción, para lo cual debe tomarse en cuenta el daño causado.

En torno a las acciones de clase por daños a la libre competencia, advirtió que hasta ahora se ha ejercido solamente una en el caso de las farmacias. Recordó que los hechos datan del año 2008, cuando la FNE presentó el requerimiento ante el TDLC; hubo un recurso ante la Corte Suprema y luego se inició un juicio penal y una demanda civil que lleva dos años y dos meses en trámite. Es decir, han pasado siete años y para que en materia civil se dicte sentencia definitiva y quede ejecutoriada pueden pasar otros tres, por lo que recién a los diez años los consumidores podrían obtener algún beneficio con el sistema actual. Pero la institucionalidad que rige, si bien inusual, es muy garantista. Por lo mismo, la posibilidad de que el TDLC conozca de los daños no parece conveniente. Lo que ocurre normalmente en el derecho comparado es que los tribunales que conocen acciones de clase no determinan los daños, sino que hay una discusión entre los economistas, quienes se ponen de acuerdo en la magnitud de los daños causados a las distintas clases de consumidores y en el tamaño del grupo afectado, para luego llegar a una conciliación. Probablemente, los ajustes que se están haciendo en Chile a la LPDC en materia de acciones colectivas permitirán avanzar en esa dirección. Coincidió en que los temas de competencia desleal debieran estar en un tribunal especializado porque las decisiones que han tomado los jueces civiles en la materia

Informe de Comisión de Economía

han sido bastante deficientes.

Finalmente, en cuanto a la oportunidad y pertinencia del proyecto, afirmó que los ciudadanos sienten indignación ante los casos de colusión, como pudo apreciarse cuando se conoció el cartel de las farmacias y la gente agredía a sus dependientes, por lo que hay que hacerse cargo de esa indignación, pero con una respuesta razonable, y en eso el proyecto avanza en la dirección correcta. Sostuvo que sería inoportuno no legislar al respecto y que luego aparezcan nuevos carteles.

El señor Juan Pablo Montero destacó que el proyecto es oportuno y necesario, pero hay que preocuparse de que contribuya a mejorar la institucionalidad y no a debilitarla en ciertos aspectos. Dijo no disponer de evidencia empírica para ratificar la afirmación de que el modelo económico chileno propicia la concentración económica y la colusión entre competidores, pero observó que hay economías menos concentradas, como Europa y Estados Unidos, donde los carteles también existen y normalmente los actores involucrados son mucho más de dos. Por tanto, lo que hay que hacer es reforzar el TDLC y la FNE y preocuparse de que los estudios que esta aporte a la investigación sean bien hechos.

Está de acuerdo en que la colusión es malísima y hay que combatirla, pero no siempre es fácil determinar cuándo existe. Su vida profesional la ha dedicado justamente a tratar de entender qué cosas hacen que la colusión sea más fácil, qué intervenciones permiten evitarla o cuándo una cosa que debiera ayudar a que haya más competencia provoca justamente lo contrario. A modo de ejemplo, recordó que la FNE comenzó a publicar los precios de los combustibles en las distintas estaciones de servicio, lo que en teoría haría aumentar la competencia, pero ocurrió lo contrario porque las empresas pudieron monitorearse con mayor facilidad. Pero si ello constituye un abuso a la competencia no se podría detectar con los instrumentos que contempla el proyecto, porque no es un cartel duro, sino más bien un caso de colusión tácita, y estos serán cada vez más frecuentes. Sin embargo, el proyecto no solo hace caso omiso de esas situaciones, sino que incluso debilita la prueba económica. Negó que el hecho de que el TDLC se encargue de evaluar los elementos técnico-económicos y de estimar los daños provocados por la colusión vaya a provocar incertidumbre. Todo lo contrario, contribuirá a reducirla, porque las empresas van a poder estar tranquilas de que las decisiones se tomarán en base a criterios técnicos.

El señor Jorge Grunberg señaló que, al eliminarse la exigencia de acreditar el poder de mercado que confiere el acuerdo colusorio a los concertados, lo que se pretende es dar una señal clara a los competidores de que existe un deber de actuar independientemente en los mercados, pero no se está eliminando la exigencia de análisis y buena calidad de evidencia económica por parte del TDLC. Una cosa es declarar que un acuerdo de fijación de precios es ilícito y otra distinta es que el tribunal deba hacer luego los análisis que corresponda para determinar el monto de las multas.

El señor Claudio Agostini, Profesor de Economía de la Universidad Adolfo Ibáñez, planteó que la libre competencia es un medio para lograr una asignación eficiente de recursos. Así, las diferencias de ingreso per cápita entre países se deben, entre otras cosas, a las conductas anticompetitivas registradas en los países más pobres (Parente y Prescott, 2002). También hay evidencia de que una institucionalidad que garantice derechos de propiedad y un funcionamiento competitivo de los mercados tiene efectos positivos en el crecimiento (Acemoglu, Johnson y Robinson, 2004). Por ello es que, en general, cuando se piensa en lo que debería ser una política de libre competencia fuerte, que permita tener más crecimiento económico y aumentar el PIB per cápita, hay que tener cuidado en ciertos temas tales como las fusiones horizontales y las alianzas y acuerdos colusivos (Porter, 1995).

Cabe preguntarse cuál es la magnitud de esto, porque lo afirmado puede ser cierto, pero si el efecto es pequeño podría importar poco. La evidencia disponible muestra que el costo en bienestar por falta de competencia puede ser alto: 13% del PIB (Cowling y Muller, 1981); 6% del PIB solo para consumidores y 10,4% del PIB si se incluyen los mercados de insumos (Bjertnaes, 2007); OECD (2002) señala que una institucionalidad fuerte en libre competencia aumenta la productividad y el crecimiento económico entre 2 y 6 por ciento en países desarrollados y 10% en países en vías de desarrollo.

Como consideraciones previas a los temas que deberían abordarse para mejorar la institucionalidad, señaló que la competencia es buena para la sociedad como un todo, pero a nadie le gusta tener que competir con otros. El mundo ideal para cualquier empresa o individuo sería una economía en la cual todos los mercados fueran competitivos, excepto aquél en que ellos ofrecen sus bienes o servicios, pues "lo mejor de las utilidades monopólicas es una vida tranquila" (Sir John Hicks, 1935). Hay por tanto grandes incentivos para reducir o suprimir la competencia y obtener así poder de mercado, porque va en beneficio propio, aunque sea a costa de todos.

Informe de Comisión de Economía

Luego, una política de libre competencia debiera apuntar a prevenir que esa tentación se transforme en hechos y, si eso ocurre, que sea capaz de sancionar a los culpables para que no vuelva a suceder.

Para ello, es necesario que la institucionalidad cumpla idealmente con tres objetivos. El primero, es entregar incentivos correctos a los potenciales violadores de la ley para inhibir la tentación de evitar competir; el segundo es detectar y sancionar a los culpables al menor costo posible y, el tercero, es crear incentivos para que se detecte y persiga a los culpables. Hay varias herramientas que, usadas en forma complementaria, permiten lograr tales objetivos. Una de ellas es la delación compensada, que ha tenido resultados positivos en Chile.

Por otra parte, advirtió el expositor que hay prácticas que son siempre anticompetitivas y que, por lo mismo, no sólo deben estar prohibidas, sino que deben ser castigadas per se, bastando probar su ocurrencia. Es el caso de la colusión, pues cuando dos competidores se ponen de acuerdo para fijar precios nunca hay una buena razón para hacerlo. Lo más razonable entonces es castigar la conducta sin importar si dio los resultados esperados o no, tal como pasarse una luz roja en materia de tránsito se sanciona sin considerar si hubo o no algún lesionado. Adicionalmente, hay evidencia creciente de que la existencia de sanciones como cárcel, multas y el pago de daños por parte de los culpables pueden jugar un rol importante en desincentivar la formación de carteles.

Estas sanciones deben cumplir, sin embargo, algunos requisitos para ser eficaces. Así, por ejemplo, en el caso de las multas, el costo de violar la ley debe ser mayor que el beneficio esperado. En materia de indemnización, el daño causado por una conducta anticompetitiva, particularmente en el caso de la colusión, implica que quienes compraron el bien o servicio objeto de ella pagaron más de lo que habría correspondido y que muchas personas, que en condiciones normales hubieran comprado, no pudieron hacerlo porque el precio estaba muy alto. Entonces, cuando se recuperan los daños en otros países, lo que se hace es multiplicar la diferencia entre el precio existente en el mercado y el que hubiera existido en condiciones normales de competencia por el volumen de ventas y este resultado por un factor superior a 1, lo cual funciona como un fuerte incentivo para que sea menos tentador realizar prácticas anticompetitivas.

Una práctica de este tipo que está en el proyecto y en la cual hay todavía espacio para avanzar en Chile es precisamente la colusión, que tiene antigua data en el mundo. En efecto, ya en 1776 Adam Smith había expresado que "personas del mismo mercado rara vez se juntan, incluso por diversión, pero cuando lo hacen las conversaciones terminan en una conspiración contra el público o en algún acuerdo para subir precios". En nuestro caso, una encuesta del Diario Financiero hecha hace tres años entre abogados expertos en libre competencia, a quienes se preguntó si en su práctica profesional habían visto acuerdos colusivos, mostró que para el 44,7% de ellos la colusión era frecuente o muy frecuente en Chile.

Ahora, el problema de la colusión es que es difícil detectarla, pues un acuerdo colusivo implica que las empresas competidoras tienen que comunicarse entre sí y ponerse de acuerdo, detectar a quien pueda estar haciendo trampa y castigarlo para poder seguir coludiéndose. Entonces, prohibir esas comunicaciones ayuda y la delación compensada incentiva a que uno de los coludidos acuse al resto. Sin embargo, existe la creencia de que perseguir agresivamente la existencia potencial de carteles podría ser innecesario, principalmente porque es muy difícil que las empresas puedan mantener el acuerdo colusivo ya que tienen incentivos para no respetar el acuerdo. O sea, que los carteles no van a durar porque todos se hacen trampa, y no hay para qué preocuparse. Pero la teoría económica y la evidencia empírica muestran que eso no es cierto. En Estados Unidos se investigaron entre 19 y 48 carteles al año entre 2000 y 2006, 90% de los cuales fueron condenados. En el mundo se condenó a 283 carteles internacionales entre 1990 y 2005. Estos carteles lograron afectar ventas en distintos mercados por un total de US\$ 2,1 trillones, cobrando un sobreprecio promedio de 29%. La duración promedio de estos carteles fue de 6,4 años, pero varios duraron más de 10 años. En promedio, tenían ocho empresas participantes, pero hay varios con más de quince empresas. Las multas impuestas en el pasado no siempre lograron inhibir la conducta hacia el futuro y más de 170 empresas reincidieron en coludirse, 86 de ellas habían sido ya sancionadas más de tres veces y 11 de ellas más de diez veces.

También existe la creencia de que en algunos mercados es más fácil coludirse y en otros es prácticamente imposible. No obstante, los carteles castigados en el mundo en los últimos diez años abarcan una amplia gama de productos y servicios: gasolina, vitaminas, cosméticos, carne, seguros, construcción, teléfonos celulares, cerveza, cigarrillos, juguetes, cemento, papel, tubos de cobre, remates de obras de arte, diamantes, antidepresivos, banda ancha, café, gas comprimido, baterías de automóviles, insecticidas, colados para niños, servicios de transbordadores, envases de vidrio, equipos radiológicos, remedios genéricos, servicios de auditoría, asfalto, servicios de mudanza, remedios para la hipertensión, electrodos, agujas de coser, explosivos, pintura de

Informe de Comisión de Economía

automóviles, cartón, servicios de telefonía, DVDs, azúcar, transporte de carga marítimo y aéreo.

En conclusión, en economía no existe un modelo teórico, que además este validado empíricamente, en el cual la colusión no tenga efectos negativos. En el caso particular de la colusión en precios, no hay duda de que tiene efectos negativos. Por eso hay países, como Estados Unidos, donde los acuerdos en precios son ilegales per se.

En materia de fusiones, constató el profesor Agostini que en Chile ha habido preocupación en relación con bancos, supermercados o telefonía, y la pregunta relevante es si esto afecta el grado de competencia en los mercados, para lo cual hay que evaluar la diferencia entre un mercado con fusión y otro sin fusión. Planteó que la decisión de permitir o bloquear una fusión es difícil de tomar, pero una forma de ordenar esta discusión es tener una política de fusiones explícita, que establezca quién y cuándo tiene que consultar y cómo se evalúa la fusión. Así lo han hecho ya Estados Unidos (1982, 1984, 1992 y 1997), Canadá (1991), Noruega, Nueva Zelanda y Australia (1996), Inglaterra (1999) y la Unión Europea (2002).

Otra pregunta es si esa consulta debe ser voluntaria u obligatoria. Hasta hoy, en Chile la consulta es voluntaria, pero el TDLC ha establecido un mecanismo que trata de incentivar a las empresas a consultar. El sistema de control obligatorio tiene algunos costos, porque puede sobrecargarse innecesariamente con casos irrelevantes para la libre competencia, pero tiene la ventaja de prevenir las fusiones de empresas que pudieran tener un efecto anticompetitivo, ya que separarlas después sería más difícil. Luego, un equilibrio razonable en varios países es que exista consulta preventiva obligatoria para aquellos mercados que tienen mediana y alta concentración, siendo voluntaria en los demás casos.

En cuanto al contenido del proyecto, observó que éste, en materia de colusión, introduce la pena de cárcel, estableciendo para los condenados la prohibición de ser directores o gerentes de empresas por cinco años; extiende el beneficio de la delación compensada a la sanción penal, lo cual fortalece dicho mecanismo; se elimina la exigencia de que el acuerdo colusorio genere poder de mercado para poder sancionar, lo cual se asemeja bastante al castigo de la colusión per se y apunta en la dirección correcta, y se establece una sanción adicional que prohíbe contratar con órganos de la Administración del Estado por cinco años.

En relación con la sanción penal de la colusión, citó lo expresado al respecto por algunas agencias de libre competencia, como la División Antimonopolios del Departamento de Justicia de Estados Unidos y la Oficina de Comercio Justo del Reino Unido, así como por un informe de la OCDE, en el sentido de que la cárcel es la forma más efectiva de disuadir y castigar los carteles, que las multas no son suficientes y que los acuerdos son entre empresas, pero hay ejecutivos de empresas que los implementan y ejecutan, para quienes el miedo de ir a prisión es suficiente para inhibirse.

Es así que en Estados Unidos los acuerdos en precios son ilegales per se. Basta probar que dos o más empresas se pusieron de acuerdo para que sean sancionadas, siendo irrelevante si el acuerdo fue exitoso o no, o si tuvo efectos anticompetitivos o no, y la justificación de esta regla es un criterio de decisión estadísticamente óptimo (Michael Whinston, 2006, dice que es lo más razonable dado que no hay carteles buenos).

En cuanto a las multas, que actualmente pueden llegar hasta US\$ 25 millones, lo cual es bastante alto para los estándares existentes en Chile, el proyecto las cambia por una multa flexible que puede consistir en dos veces el daño económico causado, si el TDLC puede determinarlo, o hasta el 30% de las ventas del infractor en caso contrario. En Inglaterra, para los casos de colusión hay cárcel, la multa individual no tiene límite y no se puede ser director de empresa por quince años; y en el caso de la empresa, la multa es hasta el 10% de sus ventas mundiales. En Estados Unidos, la multa es de hasta US\$ 100 millones para empresas, US\$ 1 millón para personas naturales y hasta 10 años de cárcel, y además existe la compensación de hasta tres veces los daños causados en favor de los consumidores afectados. En la Unión Europea hay una multa base para conductas anticompetitivas del 10% de las ventas mundiales y, en el caso de colusión, por ser más grave, se agrega una multa que va entre 15% y 25% de las ventas del mercado afectado. En Australia, se aplica como multa el monto más alto entre US\$ 6 millones, 10% de las ventas mundiales o 3 veces el valor de las utilidades ganadas ilegalmente, y además hay una multa de US\$ 0,5 millones para individuos y 10 años de cárcel.

En el proyecto de ley se avanza en crear un control preventivo explícito de fusiones, donde sería obligatorio notificar aquellas que estén por sobre determinados umbrales monetarios establecidos vía reglamento por el Ministerio de Economía, lo que genera algo de incertidumbre. La FNE solo podrá investigar por un año las fusiones que no hayan sido notificadas y, si aquellas que lo fueron se aprueban con condiciones o son rechazadas se podrá

Informe de Comisión de Economía

apelar al TDLC. Hay un cambio de criterio para rechazar eventualmente una fusión y es que ella debe "reducir sustancialmente la libre competencia", igual como se estila en Estados Unidos. Finalmente, se suprime la posibilidad de que terceros sometan a control la fusión.

En lo que atañe a la institucionalidad, hay modificaciones que el señor Agostini dijo compartir. Es el caso de la dedicación exclusiva de los ministros titulares del TDLC; las nuevas facultades de la FNE para recabar información que le permita hacer estudios de mercado (en Estados Unidos esto permite prevenir muchas prácticas anticompetitivas); el traspaso a la FNE de la facultad de efectuar recomendaciones para derogar o modificar leyes y reglamentos que afecten la libre competencia, y las sanciones para quienes entorpezcan las investigaciones de la FNE.

Sin perjuicio de lo anterior, echó de menos en el proyecto una mayor independencia y autonomía de la FNE con respecto al gobierno, lo cual es especialmente importante porque las empresas públicas no están exentas de incurrir en conductas anticompetitivas y la fiscalía debe tener la libertad suficiente para perseguirlas. En segundo lugar, sugirió prohibir el interlocking, que consiste en que empresas competidoras tengan directores comunes, lo cual facilita la colusión debido a la facilidad para traspasar información. Por último, algo que no es materia de ley, pero que en todos los países se utiliza en materia de fusiones, es que la FNE y el TDLC deberían tener una guía de fusiones común. En Chile, la fiscalía elaboró una que se parece mucho al estándar internacional, pero fue desestimada por el tribunal, lo que no contribuye a dar más certidumbre a los actores del mercado en esta materia.

El señor Francisco Rosende, Profesor del Instituto de Economía de la Pontificia Universidad Católica, sostuvo que el proyecto en debate tiene un objetivo que concita gran aceptación en la comunidad, como es la búsqueda de la competencia como vehículo para generar riqueza y oportunidades de progreso a la gente. En ese aspecto, le resulta estimulante poder discutir sobre la materia. Por lo demás, el proyecto presentado toma los aspectos esenciales en los cuales hay que poner atención y en ese entendido contiene todos los elementos para ser una buena contribución a nuestro marco legal de defensa de la libre competencia, que son esencialmente los mismos que planteó la comisión asesora creada en 2012 para estudiar el sistema chileno, que le correspondió presidir.

Hay, sin embargo, algunos puntos específicos en los que esta iniciativa podría ser mejorada. En primer lugar, en lo que se refiere a la institucionalidad mediante la cual se va a perseguir la formación de carteles. Uno de los aspectos que llamó poderosamente la atención a la comisión asesora en su momento fue la existencia de una especie de dualidad legal para perseguir conductas anticompetitivas. Por un lado están los organismos especializados de defensa de la libre competencia (FNE y TDLC), pero también existe la posibilidad de atacar tales conductas por la vía de un artículo del Código Penal, lo cual genera otra instancia, con organismos menos especializados, que eventualmente puede provocar conflictos. El proyecto de ley aborda en alguna medida esta situación, entregando a la FNE la exclusividad para la persecución de los atentados a las leyes antimonopólicas, pero eso no está adecuadamente resuelto, ya que si bien el organismo encargado de evaluar este tipo de problemas, que es altamente técnico, es el TDLC, en el mismo articulado está la posibilidad de que se produzca el mencionado paralelismo legal, de modo que un mismo caso esté siendo conocido por dicho tribunal y simultáneamente por la justicia penal. Afirmó que eso provoca incertidumbre y valdría la pena evitarlo, dejando a los organismos especializados la administración de las sanciones tanto civiles como penales, si se quiere incorporar estas últimas.

En cuanto a la incorporación de sanciones penales, señaló que en la comisión asesora no hubo oposición a esa posibilidad, pues todos consideraron que la existencia de carteles es nociva para el funcionamiento de una economía. Sin embargo, se estimó que actualmente existen los incentivos adecuados para capturar los carteles y que, si se quisiera sancionar penalmente la colusión, habría que encomendar seriamente al organismo encargado de administrar la ley en enmienda la elaboración del estándar de prueba, porque aquí caben dos opciones: o se establecen las sanciones más duras, pero dada la dificultad de elaborar la prueba o el trabajo incompleto que pudiera hacerse al respecto ellas no se aplican, como ocurrió alguna vez en Chile, o se aplican efectivamente, pero encargando un trabajo muy riguroso de establecimiento de los estándares de prueba a los organismos competentes.

Con respecto a las multas, no cuestionó el objetivo de desincentivar a través de ellas las lesiones a la libre competencia, pero advirtió que calcular el daño monopólico es complicado y, si se desea utilizar proxies, hay que administrarlos con sumo cuidado. Así, por ejemplo, el doble del beneficio económico es un concepto que no es trivial definir, pero debe entenderse que éste es un límite a la sanción y no necesariamente la regla a que quedará

Informe de Comisión de Economía

sujeta cualquier empresa que sea sorprendida llevando a cabo prácticas colusivas. Igualmente, que la multa pueda llegar hasta el 30% de las ventas no debe interpretarse como que esa será la sanción cuando se detecte un cartel, porque lo relevante en cualquier sector económico es el margen y éste no tiene una relación lineal con las ventas. En efecto, hay sectores donde el margen es pequeño y, si se les aplica el 30% de las ventas, las empresas quiebran, mientras que en otros resisten ese porcentaje y la sanción resulta, por tanto, adecuada. En suma, consideró que el proyecto está bien enfocado, porque hay que desincentivar la conducta monopólica, para lo cual el castigo tiene que doler, pero no hay algoritmos que permitan afirmar que el daño equivale al 30% de las ventas o al doble del beneficio obtenido.

Es importante, por otra parte, hacer algunas precisiones. Por ejemplo, cuando se habla de carteles duros, los economistas saben lo que es y sería conveniente precisar el término para que la ley quede clara y el día de mañana no se preste a equívocos. Cuando se prohíbe a las empresas coludidas contratar con la Administración del Estado, hay que precisar si la sanción es para las personas jurídicas o para las personas naturales, a fin de determinar qué pasa si alguna de esas empresas se vende. Dudó sobre el castigo a la tentativa de llevar a cabo prácticas colusivas porque típicamente ha habido un balance en nuestra legislación entre el estándar de prueba y el tipo de sanción, de manera que si alguien intenta llevar a cabo un ilícito se debe probar que esa fue la intención; si no, se presenta un "área rara" donde una conversación entre competidores durante un cóctel no puede tener el mismo valor que un correo electrónico como prueba de la tentativa. Es de suponer, además, que el castigo para el que lo intenta y le resulta será distinto que para aquél que lo intenta y fracasa.

Con respecto al control de fusiones, estimó que la propuesta del Ejecutivo resuelve muchos de los problemas que existen en la actualidad. De partida, le pareció bien que, si hay terceros que tengan interés en manifestar algún grado de oposición o advertencia en relación a una operación de concentración, lo hagan ante los organismos de defensa de la libre competencia y que no puedan paralizar una fusión simplemente por capricho. Igualmente, que exista la figura del silencio administrativo cuando no se resuelva acerca de una operación al cabo de cierto tiempo. Que el plazo de investigación esté acotado a un año constituye también un avance, porque otorga certeza jurídica en un contexto y en un país en que se requieren inversiones. Pero hay un punto que flota en el aire, que tiene que ver con la discusión sobre el mercado relevante, porque pueden fusionarse empresas que tienen distintas líneas de producción, en algunas de las cuales tienen mucha competencia y en otras no. En su opinión, los riesgos están en ciertos mercados y no en que se asocien dos grandes conglomerados, por lo que ésta es un área en la que se debe ser más precisos y mejorar lo que existe.

Hay algo que está pendiente, que la ley no puede hacer, y que dice relación con la definición de los umbrales. Ciertamente, la FNE tendrá que hacer al respecto un trabajo donde probablemente los umbrales van a diferir de un mercado a otro, porque a menudo la posibilidad de replicar competencia depende de cuánta inversión requiere un competidor para entrar en él. Pero no sabe si es posible que el legislador pida un mayor grado de certidumbre acerca de la forma en que va a funcionar el mecanismo de los umbrales, porque no puede estar cambiando todos los años y debe dar claridad a los inversionistas, para así equilibrar la defensa de la libre competencia con el incentivo a la inversión.

En torno a otros temas generales, le pareció razonable que la FNE realice estudios de mercado y que idealmente estén disponibles para la comunidad, ya que siempre es buena la transparencia en el diseño de políticas públicas y para todos los que operan en un mercado es conveniente saber cómo razona la autoridad en la toma de decisiones. Al mismo tiempo, es de toda lógica sancionar a quienes entreguen información falsa, en el entendido de que ésta sea relevante. También es valioso que el proyecto llene un vacío de la legislación vigente en cuanto a que las personas que están siendo investigadas tengan acceso a los antecedentes que justifican la indagatoria. Consideró importante que la ciudadanía pueda evaluar lo que hace la FNE y que haya por tanto informes periódicos que den cuenta de su quehacer (por qué ha aprobado o rechazado una operación de concentración, etcétera). Finalmente, planteó dudas respecto de la posibilidad de generar compensaciones a los consumidores que hayan sido afectados por conductas monopólicas, porque no sabe si es necesario que se regule en esta ley o si resultaría aplicable. A modo de ejemplo, señaló que en el caso de los productores avícolas podría haber sanciones por colusión de precios y personas que aleguen no haber podido comprar pollo porque el precio estaba muy alto, lo que podría dar lugar a muchos y muy prolongados juicios, dificultando la aplicación de las sanciones (sic). En todo caso, la observación tiene que ver con la implementación de la idea más que con el fondo de ésta.

El señor Claudio Rodríguez, Director Nacional de Conapyme, hizo presente que hay tres aspectos de la iniciativa en comento que preocupan a la Conapyme. Tales son, en primer lugar, el aumento de las multas por prácticas anticompetitivas, ya que con la eliminación del elemento objetivo (poder de mercado) una pequeña o mediana

Informe de Comisión de Economía

empresa pudiera ser arrastrada a un juicio por colusión y la simple contingencia de la multa significaría la quiebra de la Pyme. Por lo mismo, lamentó que no se haga la distinción entre ellas y las grandes empresas.

En segundo lugar, objetó la eliminación de la exigencia de que el acuerdo o la práctica concertada confiera poder de mercado para sancionar ilícitos de colusión, así como el ajuste del tipo infraccional de colusión a las hipótesis de los denominados "carteles duros" ya que, con la modificación propuesta, los tribunales tendrán la potestad de condenar a quienes incurran en aquellas prácticas sin necesidad que se realice un completo análisis del mercado y la afectación que éstas tienen sobre él, limitándose las posibilidades de defensa de las empresas investigadas por tales infracciones. Las Pymes, por estar atomizadas y participar en solo el 15% de las ventas del país -no obstante, constituir el 98,5% de las empresas formales de Chile- no tienen capacidad alguna de afectar al mercado y, por ende, la normativa del actual decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, y su modificación, no debiera afectarlas y así debiera expresarse en la ley.

En tercer y último lugar, les preocupa la criminalización de la colusión, ya que tanto para los ejecutivos que celebren, implementen o ejecuten acuerdos o prácticas colusorias, como para las personas naturales que los organicen, como podrían ser directivos de asociaciones gremiales o asesores de las empresas competidoras, se establece una pena principal de crimen, esto es, reclusión mayor en su grado mínimo (5 años y un día a 10 años). Asimismo, para las mismas personas naturales se establece una pena accesoria de inhabilitación absoluta para desempeñar cargos u oficios públicos, cargos de director o gerente en empresas del Estado o 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.

Tal situación revierte la derogación producida el año 2003 respecto de la criminalización de aquellas conductas, creando un nuevo tipo penal de colusión que, de acuerdo a la pena señalada, impedirá que los condenados por estas conductas puedan acceder a salidas alternativas en el procedimiento o a penas sustitutivas a la privación de libertad. Las Pymes no tienen otra posibilidad de subsistir que no sea la asociatividad, pero por su tamaño y participación de mercado, no tienen cómo influir en la competencia. Entonces, al tipificar la conducta ilícita, es imprescindible que se incorpore el bien jurídico protegido, de manera que en el caso de las Pyme, por definición, no pueda imputárseles este ilícito penal. La sola discusión de una imputación de colusión a una Pyme; no obstante el elemento objetivo que pudiera descartar su ocurrencia, la dejaría en la más absoluta indefensión, ya que no podría costear una asesoría para hacer frente a una acusación de ese tipo, situación que se vería agravada al observar las sanciones que trae aparejada la nueva normativa, que sin duda considera a las grandes empresas que pudiesen realizar este tipo de prácticas abusivas y no considera el efecto que dicha normativa tendrá en las Pymes.

La señora Nicole Nehme del Centro de Estudios Espacio Público estimó, desde la perspectiva del derecho económico, que el sistema de defensa de la libre competencia ha funcionado razonablemente bien hasta la fecha, luego de la modificación que se le introdujo en el año 2004; y este es un diagnóstico bastante compartido porque lo que tenemos es una combinación de instituciones que ha generado buenos contrapesos. Está la Fiscalía Nacional Económica, que ha sido un órgano persecutor serio, técnico e independiente y que, además, es muy valorado internacionalmente, tanto por la OCDE como por la International Competition Network y, en general, por los organismos internacionales que miran la libre competencia en Chile. Hay un tribunal especializado (el TDLC), que es la particularidad que tenemos en Chile y que muy pocos países más tienen, como Canadá y Sudáfrica, pero que ha funcionado muy bien y que ha generado en los últimos diez años una jurisprudencia bastante frondosa y técnicamente correcta. Finalmente, está la Corte Suprema, que en general ha tenido un comportamiento deferente con las decisiones del TDLC y, salvo que haya violaciones muy evidentes a las garantías constitucionales, ha confirmado las decisiones de dicho tribunal, lo que produce un adecuado contrapeso entre los distintos órganos en materia de libre competencia.

Luego, cabe destacar que la defensa de la libre competencia ha pasado de ser simplemente la decisión de casos particulares a materializar políticas públicas explícitas del gobierno, muchas de las cuales constituyen compromisos con la propia OCDE u otros organismos internacionales y, en esa lógica de materializar políticas públicas, la persecución ha tenido ciertos objetivos claros, en pos de los cuales ha habido un alineamiento de la Fiscalía Nacional Económica, el TDLC e incluso la Corte Suprema, que en su jurisprudencia han precisado cuáles son los ilícitos más graves (concretamente, la colusión). Ha habido entonces una señalización al mercado, por la vía de incentivar mecanismos de prevención, de compliance negativo, a través de sanciones que han sido ascendentes en el tiempo y, probablemente, la última tendencia que se va a ver ahora son las sanciones personales. De hecho, recientemente se confirmó un fallo de la Corte Suprema en un caso de colusión de

Informe de Comisión de Economía

empresas de buses, donde hay sanciones personales a los individuos involucrados en las conductas, más allá de las personas jurídicas. Por tanto, la tendencia es hacia un incremento de las multas y la sanción a las personas naturales. Además, en la misma línea de lo expresado, ha habido una adecuación legislativa periódica, la última de las cuales fue en 2009, cuando básicamente se aumentaron las facultades de la fiscalía para la persecución de carteles y se generó el mecanismo de la delación compensada.

Entonces, el diagnóstico es que, en general, el sistema ha funcionado bien, pero también hay consenso a nivel académico en que hay cosas por perfeccionar. Básicamente, se considera necesario tener un sistema más eficaz en la línea de la política pública de persecución de carteles, que va de la mano con la sanción a las personas naturales y a las empresas en materia de colusión; y lo segundo, es entregar certeza en materia de análisis de operaciones de concentración, donde también hay un diagnóstico compartido en orden a que el mecanismo ha sido hasta la fecha largo, engorroso y no necesariamente eficaz. En tal sentido, el proyecto de ley apunta en la línea correcta al reforzar las sanciones en materia de colusión y mejorar el sistema de análisis de operaciones de concentración.

Se refirió enseguida a algunos aspectos que le parece que pueden ser perfectibles, aunque en general comparte las líneas rectoras del proyecto de ley y la mayoría de las disposiciones que contiene. Sus comentarios buscan hacerse cargo de pequeñas imprecisiones o contradicciones, o de materias en las que se podría avanzar aún más en la lógica de proteger la libre competencia, para lo cual se toman en consideración las mejores prácticas americanas y europeas en estos temas, que son las que se han seguido siempre en Chile.

Una primera materia importante es la de las multas. El sistema contemplado en la ley actual establece multas con un tope objetivo absoluto de 20.000 UTA en casos normales (de abuso de posición dominante), y de 30.000 UTA en los casos de colusión, lo que ha sido muy criticado porque los beneficios que obtienen las empresas cometiendo infracciones a la libre competencia son muchas veces superiores a la multa máxima. Así lo ha dicho la Corte Suprema en el caso farmacias y se ha dicho también en el "caso pollos", entre otros. Al respecto, el proyecto de ley dispone que la multa máxima debiera ser el doble del beneficio económico y, si éste no fuera posible determinarlo, en el 30% de las ventas. En este punto, sugirió efectuar algunas precisiones.

En primer lugar, porque si se establece que el máximo sea el 30% de las ventas durante el periodo en que la infracción se haya prolongado y el plazo de prescripción en materia de colusión es de cinco años, ello generaría la expectativa de que potencialmente la multa máxima sea el 30% de las ventas durante los cinco años anteriores (no de los ingresos, ni de las utilidades, ni de la rentabilidad), lo cual excede en general el estándar que se puede encontrar en otras partes del mundo, donde el límite es el 10% del ingreso, en la lógica europea, o hasta el 30% de las ventas del año anterior. Sugirió mirar el estándar internacional y contemplar un porcentaje de los ingresos o de las ventas, pero en este caso con un límite temporal.

En segundo lugar, advirtió que en ciertas ocasiones se puede sancionar una conducta contraria a la libre competencia, pero que no haya generado beneficio al infractor ni que esté relacionada con bienes o servicios que se venden. Sin embargo, bajo el criterio actual, vincular el daño causado por la colusión solamente al beneficio o a las ventas podría dejar algunas conductas sin sanción. En materia de libre competencia, el ilícito es más cercano a un delito de peligro concreto. Por lo tanto, la conducta que tienda a afectar la libre competencia es la que se sanciona; no se requiere un efecto. Así, por ejemplo, alguien podría pactar el reparto de una licitación, sin que se materialice jamás, y eso sería igual a una infracción a la libre competencia, pero no habría daño ni ventas sobre los cuales calcular las multas. Podrían quedar ámbitos de conductas sin sanción efectiva. Por lo mismo, sugirió mantener una sanción pecuniaria de monto fijo, absoluto, que habrá que definir cuál es el correcto, para ser aplicada supletoriamente cuando no haya un beneficio o un monto de ventas sobre el cual calcular la multa.

En materia de multas, consideró muy valiosos los razonamientos que el TDLC plantea en sus sentencias, pero hay un cierto déficit en la fundamentación y racionalidad de las multas. La multa está puesta, pero es un poco intuitiva. Un caso revelador al respecto es el de "la guerra del plasma", donde el tribunal fijó cierta multa, la Corte Suprema la revisa y dice que la va a revocar porque no tiene fundamentos suficientes, pero tampoco entrega fundamentos para la nueva multa que impone. Luego, es importante que en la historia de la ley quede explícito que los criterios para fijar las multas tienen que estar claramente establecidos en la sentencia del tribunal, especialmente si se van a fijar topes altos, y también se podría pensar en precisar en la ley algunos de estos criterios que jurisprudencialmente se han acogido afuera, como la extensión del daño anticompetitivo, ya que hoy estamos mirando cada vez más la libre competencia, no desde la perspectiva civil que había en los ochenta, sino desde un punto de vista infraccional e incluso penal. Para ello habría que diferenciar eventualmente por el grado de

Informe de Comisión de Economía

participación en la conducta sancionada. Recordó que en el "caso farmacias", por ejemplo, la Corte Suprema incluyó en su fallo un considerando en el que se preguntaba por qué los laboratorios no estaban incluidos en la discusión, ya que ellos podrían haber sido facilitadores, instigadores o cómplices de esas conductas. Del mismo modo, eventualmente se podría diferenciar la sanción por el grado de participación y también, para hacerse cargo de la crítica de que una multa muy alta podría llevar a la quiebra a una empresa, se podría poner la capacidad económica del infractor como un criterio de justificación de la multa.

Observó la señora Nehme que el proyecto contiene una innovación muy atractiva, como es que en casos de colusión o carteles duros, una de las sanciones aplicables sea la prohibición de contratar con el Estado. Estando de acuerdo con esta sanción, le pareció que habría que aplicarla con mucha prudencia, porque podría ser que el resultado fuera peor que aquello que se quiere resolver, ya que si todos los agentes de un mercado se hubieran coludido y fueran sancionados, el Estado podría no tener después con quién contratar. Típicamente, además, en industrias de infraestructura, si es algo que se puede importar, el Estado podría resolver el problema importando, pero a veces hay que reaccionar rápido y la importación se demora o no hay sustitutos perfectos susceptibles de importación. Y si quedara un solo agente que no se hubiera coludido y se sancionara a todos los demás, el Estado quedaría en manos de una empresa con posición monopólica, que le podría cobrar rentas sobrenormales eventualmente. Entonces, el punto es que, si se mantiene esta sanción, que quede claro también que el tribunal tendrá que evaluar prospectivamente sus efectos en el corto y mediano plazo, y fijar un razonamiento muy adecuado para justificarla y aplicarla.

Se refirió luego a las sanciones que se contemplan en materia de colusión y a la circunstancia de que el tipo se cambie desde uno que exige acreditar poder de mercado a otro más bien per se en los casos más duros, en que eso no se exige. Reconoció que es una materia debatible y que se puede conversar largamente acerca de si es una buena política pública o no el establecer sanciones criminales en materia de colusión, entendiendo este concepto en forma amplia. Recordó que son constitutivos de colusión, por un lado, los carteles duros, esto es, los acuerdos directos entre competidores para fijar precios o cantidades, repartirse el mercado o participar en licitaciones, pero también constituyen colusión, de acuerdo con el decreto ley N° 211 actual, las prácticas concertadas, o sea, los comportamientos que, sin ser acuerdos explícitos, de alguna manera neutralizan los riesgos de la competencia por la vía de intercambiar información sensible, los cuales se distinguen del puro paralelismo conductual, donde un competidor sigue a otro porque hay un factor añadido, alguna información que se entregó al mercado, etcétera.

Teniendo en cuenta lo anterior, las razones que se esgrimen para establecer -y en Chile reestablecer- la sanción penal para los casos de colusión, aluden a que se trata de un mecanismo potente de disuasión, lo que está en la línea de lo que se discute mucho en derecho penal económico en distintos ámbitos: ambiental, de libre competencia, gobiernos corporativos, etcétera, y se ha utilizado con éxito básicamente en la jurisdicciones anglosajonas. En general, la experiencia más marcada en materia de sanción penal de la colusión es la de Estados Unidos. Hay también experiencia en Australia, en Canadá; algo en el Reino Unido, donde no ha sido muy efectiva; en los países europeos no anglosajones en general no se utiliza; y hay mucho paper que explica que en el caso de las sanciones económicas quien paga suele ser "un tercero" (pueden ser los accionistas, los consumidores por vía de un alza de precios, las compañías de seguros); en cambio, la sanción penal afecta directamente a las personas naturales que han incurrido en los hechos.

Por otra parte, las razones para mirar con más reticencia la sanción penal (y en esto reconoce la expositora un sesgo que proviene de ejercer profesionalmente en materia de libre competencia), radican en que la incorporación de nuevos criterios (o sanciones) pueda de alguna manera modificar el equilibrio virtuoso que ha alcanzado el sistema chileno de libre competencia, que como se dijo antes ha funcionado muy bien, mostrándose eficiente, eficaz, rápido, bien argumentado e independiente. Más concretamente, las materias que hay que tener en cuenta al momento de introducir una sanción penal en un ámbito en que ya hay sanciones administrativas son: cómo resolver la duplicidad de procesos, ya que podría ocurrir que una misma conducta sea juzgada en sede de libre competencia y en sede penal simultáneamente; cómo resolver el problema de la doble sanción, porque podría decirse que en un caso se sanciona a la persona jurídica y en otro a la persona natural, pero nuestro sistema de libre competencia actual permite sancionar solamente a las personas naturales y esa es, además, la tendencia; cómo resolver el problema de la presión social para interponer querrela, ya que el proyecto señala que la Fiscalía Nacional Económica va a tener la exclusividad para iniciar por vía de querrela la acción penal, pero es de público conocimiento que en otros ámbitos se produce una presión social muy fuerte para que eso se haga y el temor de la señora Nehme es que se sacrifiquen los criterios técnicos, especialmente cuando se trate de discriminar entre una práctica concertada y un paralelismo conductual, donde es muy importante manejar los matices, lo que a su vez

Informe de Comisión de Economía

podría provocar incertidumbre respecto de cuál sería el criterio de los jueces penales para sancionar.

Observó que el proyecto de ley pretende reservar la sanción penal para los casos de carteles duros, lo cual le parece bien, pero advirtió que, cuando no se maneja en detalle la nomenclatura de las materias de libre competencia, se podría terminar en la práctica aplicando la sanción penal a carteles no duros, como por ejemplo, una práctica concertada. En tal sentido, el hecho de que el tribunal no sea un especialista podría aumentar ese riesgo y, como el estándar probatorio en materia penal es más alto, podrían darse sanciones diferentes. Entendiendo que incorporar la sanción penal tiene que ver con la concepción que tiene el conjunto de la sociedad acerca de la gravedad de ciertas conductas, siendo la colusión una de ellas, habría que buscar –sin embargo– soluciones para evitar la posibilidad de sentencias contradictorias, juicios paralelos y decisiones con estándares probatorios distintos en materia de libre competencia y en materia penal. La solución propuesta en el proyecto es que el Fiscal Nacional Económico tenga el monopolio de la acción penal, lo cual presenta algunos problemas. Primero, la presión social mencionada anteriormente y, segundo, la existencia del artículo 285 del Código Penal, que puede quedar como una acción residual de colusión en la que la FNE no tiene el monopolio de la acción. Sugirió que el ejercicio de la acción penal quede sujeto a la condición de una condena previa por parte del TDLC, interrumpiéndose la prescripción de dicha acción mientras se ventila la cuestión ante este tribunal. Esto asegura que un tribunal técnico, compuesto por cinco miembros expertos en libre competencia, dé un veredicto previo acerca de la existencia del delito de colusión y sobre eso después se sancionaría a las personas naturales en sede penal, si fuera del caso. Descomprimiría también la legitimación activa penal del Fiscal Nacional Económico, encausaría técnicamente la discusión en sede penal y sería consistente con el sistema chileno de defensa de la libre competencia, que ha sido validado y reconocido en todo el mundo como un modelo serio, consistente y que más bien debería ser copiado afuera antes que cambiado en Chile. Con esta propuesta, la señora Nehme trata de rescatar todo lo bueno que tiene el sistema de libre competencia nacional, sin negarse a priori a la existencia de una eventual sanción penal.

Entendiendo que en el modelo actual la FNE es la única que podría hacer valer la acción penal y que eso tiene la lógica de cautelar el carácter técnico de la decisión, consideró problemático que subsista el artículo 285 del Código Penal. Consideró que por razones de contexto, habiendo juicios penales pendientes, probablemente sea imprudente derogar esa figura típica hoy, pero en el mediano plazo debiera pensarse en hacer congruente toda la legislación, porque si hay un tipo de colusión en el decreto ley N° 211, pero la jurisprudencia sigue interpretando que hay también un tipo residual en el Código Penal y en ese caso no está el resguardo de que la acción sea exclusiva del Fiscal Nacional Económico, nos encontramos con que la protección que se le quería dar al sistema se pierde.

Otro punto relacionado con la colusión tiene que ver con la descripción del tipo penal. Estando en el espíritu de la ley la intención de sancionar por esta vía solo los carteles más duros, la redacción del tipo es tal que en manos de un tribunal no técnico podría llevar a sancionar como tales situaciones que son simples prácticas concertadas, lo cual debiera evitarse.

Adicionalmente, observó que el mensaje del proyecto indica que la sanción penal se extiende a los asesores de las empresas coludidas. Sin estar en desacuerdo con eso, sostuvo que hay que precisar algunos aspectos porque, al parecer, el espíritu de la norma es que el asesor sea un facilitador, que esté de acuerdo con la conducta de colusión o que la diseñe, pero lo que no se quiere es que el abogado que sabe, por ejemplo, a propósito de un programa de prevención, que hubo infracciones en el pasado, se sienta en la necesidad de denunciar a las compañías, porque desaparecería la posibilidad de desarrollar programas de compliance serios. Lo otro importante es que, cuando se hacen programas de cumplimiento, hay que aclarar las zonas grises, estableciendo qué conductas serán consideradas lícitas y cuáles ilícitas. Obviamente, el asesor que aconseje ponerse de acuerdo para fijar el precio sería muy legítimo que estuviera dentro de la hipótesis del tipo penal, pero la conducta de un asesor que interprete una conducta compleja de una manera más liberal que otro no debiera estar necesariamente dentro del tipo.

En materia de delación compensada, el proyecto solo exime de responsabilidad al primer delator y al segundo se le da una reducción de la multa de un cierto monto, que incluso se ajusta ahora con el proyecto. Esto produce la incongruencia de que, en materia de libre competencia, el segundo delator tiene atenuación de responsabilidad, lo cual es importante porque la jurisprudencia internacional demuestra que muchas veces este aporta antecedentes adicionales valiosos. El problema es que hoy desaparecería todo incentivo para que haya un segundo delator en sede de libre competencia (porque no hay igual atenuación de responsabilidad en sede penal). Postuló que, así como el primer delator tendría exención de responsabilidad en materia penal, el segundo debería tener una

Informe de Comisión de Economía

atenuación de ella o permitírsele una salida alternativa, porque de acuerdo con las penas que se establecen para el delito de colusión, este es un tipo que quedaría sin salidas alternativas, lo cual se debería ajustar por un tema de congruencia.

Otra preocupación es el artículo 285 del Código Penal, pues como se mantiene el tipo (residual de colusión), no habría incentivo para la delación compensada si quien delata sabe que tiene exención de responsabilidad en libre competencia y respecto del tipo penal específico que incorpora la ley en proyecto, pero no la tiene respecto del mencionado artículo 285. Por lo mismo, consideró la expositora que, si lo que se quiere es reforzar la delación compensada, esta tiene que cubrir todas las hipótesis penales plausibles en materia de sanciones por atentados a la libre competencia.

Por último, la regla per se que se incorpora para sancionar los carteles duros, esto es, la eliminación del requisito de que la colusión confiera poder de mercado, tanto en el decreto ley N° 211 como en materia penal, va en línea con el derecho norteamericano y con la restricción por objeto del derecho europeo, pero debería haber una regla de minimis para los casos de menor entidad, como los dos kioscos que se ponen de acuerdo en precios. O sea, aquellas prácticas o acuerdos que no tengan efectos reales en el mercado, cuya represión por vía de una sanción penal o en sede de libre competencia pudiera tener un costo superior a los beneficios. En esa misma línea, la definición de carteles duros debiera quedar muy clara en el proyecto para que quede claro a su vez que la sanción penal está reservada a ese tipo de carteles.

En materia de operaciones de concentración, la señora Nehme se mostró de acuerdo con el proyecto porque está en línea con la propuesta que hiciera sobre la materia con algunos colegas. Sin embargo, observó que la definición de operación de concentración, para efectos del control obligatorio de la FNE, es vía pérdida de independencia en Chile, lo cual es bastante discutible. Es decir, se pone el acento en cuánta independencia tienen que perder ciertas entidades para ser sometidas al proceso de control de fusiones. El estándar afuera es más bien el de la adquisición de control, como ocurre en la legislación europea tanto comunitaria como nacional y en la legislación americana, que parece ser, además, un criterio consistente con la Ley de (Mercado de) Valores, que ya tiene una jurisprudencia bastante lata en nuestro país y, por lo tanto, hace más fácil la interpretación legal.

Adicionalmente, observó que el proyecto establece la obligación absoluta de no perfeccionar la operación de concentración mientras no exista sentencia de término, pero en algunos casos calificados –y esto se usa en Europa– podría ser bueno entregar a la FNE la facultad de levantar justificadamente esta prohibición. Por ejemplo, si una empresa está a punto de quebrar, podría necesitar desarrollar ciertas acciones en el tiempo intermedio para venderse; o habría que hacer consistente esta regla con la Ley de Opas, la cual prohíbe las ofertas públicas de adquisición de acciones sujetas a condición, o sea, si una empresa va a adquirir participación en otra empresa sujeta a dicha ley, no la podría someter a la condición de que la fusión sea aprobada por los organismos de libre competencia. Hasta ahora, como la consulta es voluntaria, simplemente esa empresa puede optar por no consultar y asumir el riesgo, pero a partir de la ley en proyecto, como la consulta sería obligatoria, hay que hacer conversar la normativa de Opas con la de libre competencia para que, en ciertos casos, la Opa pueda estar sujeta a la aprobación previa de las autoridades de libre competencia y se regule en el tiempo intermedio el desarrollo de ciertas acciones destinadas a materializar la operación que no supongan el traspaso del control jurídico.

Añadió que, actualmente, el recurso de revisión ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia está limitado sólo al caso en que la FNE prohíba una operación de concentración, pero parece razonable ampliar ese recurso al caso en que la fiscalía la apruebe imponiendo ella las condiciones, ya que éstas podrían ser susceptibles de discusión, muy gravosas, etcétera. Distinto es el caso en que el privado pacte con la FNE las condiciones, pues no sería razonable que después las objetara, pero si es la fiscalía la que impone las condiciones parece sensato, conforme al principio del debido proceso, que la parte afectada pueda acudir al tribunal vía recurso de revisión.

Por último, planteó que hay algunas operaciones de concentración que son muy complejas y lo que se entrega en tales casos en el derecho comunitario europeo es la facultad de ampliar ciertos plazos, de común acuerdo entre la fiscalía y el notificante, si se requiere de un análisis mucho más profundo que no se pueda resolver en un plazo corto, como el de 60 días prefijado en el proyecto.

En relación con la responsabilidad civil por daño anticompetitivo, recordó que hoy en día, cuando el TDLC dicta sentencia, puede imponer una multa, y puede haber además una sanción penal, pero la indemnización de perjuicios es entregada a la determinación de los tribunales ordinarios vía juicio sumario. Agregó que desde el año 2004 a la fecha solo ha habido dos condenas en materia de indemnización de daños, lo cual revela que el sistema

Informe de Comisión de Economía

no funciona muy bien. Cree que vale la pena evaluar que fuera el mismo TDLC el que pudiera fijar los perjuicios durante la ejecución de la sentencia, ya que tiene las herramientas técnicas, la pericia y los funcionarios internos necesarios para determinar el monto de los perjuicios, que es una tarea que muchas veces incomoda a los tribunales civiles. De hecho, entre los pocos precedentes que hay, lo que ha tenido que hacer el tribunal civil es ordenar ciertos peritajes y cuando llegan los resultados de las pericias cuesta interpretarlas porque son en términos econométricos. Entonces, se podría pensar que el propio TDLC sea el que fije los perjuicios, lo que aumentaría el rol disuasivo de la legislación de libre competencia en materia de infracciones y maximizaría los recursos del tribunal especializado, que tiene además un equipo técnico de lujo.

En cuanto a la facultad de efectuar recomendaciones normativas, que hoy está radicada en el TDLC, observó que el proyecto de ley la pone en manos de la FNE con un muy buen argumento, como es que esta investiga mercados permanentemente y, por lo tanto, podría tener buenas razones para sugerir cambios a la ley. Su propuesta es que dicha atribución no sea excluyente; que el tribunal siga manteniendo esa facultad aunque se le entregue adicionalmente a la fiscalía, porque el primero la ha ejercido bien en muchas ocasiones y sería un check and balance que permitiría aprovechar la experiencia y la independencia que tiene el TDLC respecto del Ejecutivo.

En otro tema, advirtió que, al quitársele al TDLC la facultad de resolver sobre las operaciones de concentración, se le resta también una potestad bien importante como es la consultiva, que queda bastante empobrecida con este proyecto. Esta potestad viene de las comisiones preventivas, donde el procedimiento era muy eficaz, y en virtud de ella, por ejemplo, se consultaban cláusulas de contratos o se revisaban condiciones previas que el tribunal había impuesto. Hoy en día, al sacarse las fusiones de la competencia del tribunal, esta potestad consultiva queda como una cáscara sin mucho contenido. Sugirió, por lo mismo, revisar la idea de que el TDLC pueda efectivamente, a través de un procedimiento abreviado, responder consultas de los privados, por ejemplo, sobre bases de licitación, cláusulas contractuales, alzamiento de medidas impuestas, para lo cual habría que pensar en un procedimiento más expedito que el actual, porque las estadísticas muestran que éste dura hoy cerca de ocho meses en promedio, a lo cual se debe sumar la intervención de la Corte Suprema, que puede llevar otros seis meses, lo que para este tipo de consultas sería muy largo.

El señor Juan Pablo Hermosilla, Profesor de Derecho Penal de la UDP, se refirió a la creación de la figura de colusión. Manifestó que fue un momento doloroso para la República cuando el año 2003 se derogó este delito, y no solo porque al visitar las cárceles no se necesita un estudio criminológico para darse cuenta a quiénes golpea el sistema penal, sino porque esto contradice una premisa de la democracia, que es la misma de la Ley Sherman. Estados Unidos, con todos sus defectos, es el país que es hoy porque el insight que hace hacia 1890 no es solo lo que hemos escuchado normalmente en relación a estos delitos: que se trata de la protección del mercado. Recordó que en la época había en ese país carteles del acero, de la carne, del ferrocarril y del petróleo, que involucraban al señor Rockefeller, a la Universidad de Chicago, etcétera, los cuales se compraban a los políticos y manejaban el país. Luego, el insight detrás de la Ley Sherman no era solo proteger el acceso al mercado, sino proteger a la República, porque no hay que ser marxista ortodoxo para saber que la concentración de poder económico distorsiona el poder político y, por lo tanto, cuando la civilización occidental adopta la economía capitalista, a partir de la Ley Sherman se inicia un camino no solo de reglas técnicas entre economistas o abogados con MBA para proteger el mercado, sino que el objetivo es proteger la democracia.

Por eso es que en lo personal le avergonzó aquel momento en que la República de Chile, al mismo tiempo que elevaba las penas para una serie de delitos comunes cometidos por gente que está en la periferia del pacto social, derogó un delito propio de aquellos que están en el centro de dicho pacto. Por ello, no puede menos que celebrar que se esté discutiendo este proyecto de ley y hacer ver la paradoja de que en el año 2003, en el mismo momento en que Chile derogaba el delito de colusión, en Estados Unidos se subían las penas aplicables a éste, lo cual demuestra que los norteamericanos algo entendieron sobre el tema, salvo que los acusemos de ser muy socialistas. No es casualidad que en Chile todos los delitos económicos que se puedan cometer tengan penas bajas y, en cambio, el asalto a una farmacia y hasta la venta de películas piratas merezcan sanciones mucho más gravosas. Esto habla de desigualdad social y de la falta de oportunidades que lleva a muchos jóvenes a realizar labores que se sancionan duramente, mientras que quienes han tenido mayores posibilidades de desarrollo personal pueden, ya sea por su condición económica o contactos, evadir las penas de cárcel pagando una simple multa. O sea, a un joven que quiere integrarse al pacto social, pero que no ha tenido ocasión de hacerlo, el Estado chileno le responde sancionándolo con cinco años y un día de cárcel por comercio ilegal de bienes protegidos por Ley de Propiedad Intelectual y evasión de impuestos y, en cambio, a los empresarios que vienen del centro del pacto social y que pueden contratar ejércitos de abogados porque tienen mucho dinero, el mismo Estado les dice

Informe de Comisión de Economía

que no cometen delito si se coluden, aboliendo la figura a través de un gobierno socialista. Esto es vergonzoso porque deslegitima el control penal, puesto que los delitos se crean justamente para reprimir ataques importantes al pacto social que no pueden ser evitados de una forma menos gravosa. En definitiva, afirmó que los delitos económicos, y la colusión en particular, deben ser castigados más severamente por ser normalmente obra de quienes han recibido de la sociedad todos los beneficios posibles, lo cual incluye a los grandes empresarios y a los profesionales que los asesoran.

Planteó, además, que todo el sistema de defensa de la libre competencia es un sistema de control penal y no uno de corte administrativo sólo para expertos como se ha dicho, por lo que no cabe dudar de la capacidad de los jueces penales para juzgar los delitos relacionados con él, tal como lo hace hoy con los delitos financieros o tributarios. Desde el punto de vista académico, no hay duda de que esto es derecho penal porque hay tipos penales a los cuales se asocian sanciones, que es lo que define el *ius puniendi*, por lo que transformarlo en un derecho especial de empresarios, con abogados que tienen todos post grado en el área económica, y restarlo al conocimiento de la opinión pública es impresentable. Se luchó durante prácticamente toda la historia republicana para que la justicia penal se abriera a la opinión pública y se hiciera de cara al país, y con mayor razón debe ser así en los casos de colusión, porque la transparencia tiene por objeto justamente evitar que los poderosos corrompan a otros individuos y perjudiquen a los consumidores, logrando de paso un control de los mercados que redunde en el pacto político.

Consideró que la pena de crimen asignada al delito de colusión es la pena mínimamente proporcionada a lo que se está afectando, que es el contrato social, el cual se cimenta fuertemente en el derecho penal, porque supone el monopolio de la fuerza en manos del Estado y el uso de ésta para evitar que haya más violencia en la sociedad. De ahí que, dejando de lado los delitos contra las personas, en procura de proteger el contrato social, la colusión debiera encabezar la lista de los delitos económicos, porque desde el punto de vista simbólico la tipificación de esta conducta significa crear apego y dar una señal que resulta fundamental para producir paz social.

En relación con la eventual doble persecución del delito de colusión, hizo notar que en materia tributaria hay también infracciones administrativas y delitos penales, donde el Servicio de Impuestos Internos tiene el monopolio de la acción, por lo que existe la misma posibilidad de que haya procesos de ambos tipos, y nadie ha hecho cuestión de ello hasta la fecha. Lo mismo ocurre con los delitos tipificados en la Ley de Mercado de Valores y nunca se han afectado garantías personales mediante una doble incriminación. Además, aquí estamos hablando de señores que normalmente lo tienen todo, que actúan con premeditación, en forma organizada y asesorados por profesionales. Por eso le satisface que, junto con restablecerse el tipo penal de colusión, se señale que los asesores también podrán ser sancionados, por lo que aconseja prudencia a estos, especialmente a los abogados, pues el secreto profesional no cubre delitos futuros y, por consiguiente, no podría haber violación de este por denunciar un caso de colusión que se esté preparando y los abogados no pueden prestarse para ayudar a la comisión de delitos.

Para terminar, consideró que en la figura de colusión hay un bien jurídico nítido, importantísimo, que no es solo económico porque, detrás de la concentración de la riqueza y de los carteles, están las libertades, está en juego la república; y ese es el verdadero insight de la Ley Sherman de 1890 que nunca hicimos como país, pero éste es un momento muy propicio para hacerlo, porque tiene estas cuestiones simbólicas que son tan importantes. Insistió en que es imprescindible la existencia de un delito de colusión, sin perjuicio de que puedan discutirse ciertos aspectos técnicos y cosas que se podrían mejorar, pero el hecho grave fue la derogación de aquel delito, porque la señal que se mandó desde el punto de vista social fue increíble, sobre todo porque lo hizo un gobierno de centro izquierda.

El señor Juan Pablo Mañalich, Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Chile, hizo una revisión de lo que considera los aspectos fundamentales de la regulación penal que el proyecto pretende introducir, refiriéndose básicamente a cinco cuestiones: un diagnóstico de la situación jurídica vigente; la manera en que esa situación habla decisivamente a favor de la propuesta legislativa en comento; la manera en que el delito cuya tipificación se propone se podría reconstruir más técnicamente y cómo se relaciona, entre otros, con el delito ya contemplado en el artículo 285 del Código Penal; algunas notas sobre el régimen de punibilidad y penalidad que se propone introducir y, finalmente, algunas cuestiones vinculadas a lo que significa el régimen de concurrencia coordinada entre potestades persecutorias y sancionatorias radicadas en la Fiscalía Nacional Económica y el ejercicio de la jurisdicción penal por los tribunales penales ordinarios, desde el punto de vista del principio *non bis in idem*. Sobre ese trasfondo, su propósito es contribuir a desmitificar lugares comunes que la Comisión, con toda seguridad en su opinión, recibirá como bombas de racimo mientras se tramita este proyecto porque hay una gran gama de intereses que van a intentar validar esos lugares comunes en pos de comprometer la viabilidad técnica de la

Informe de Comisión de Economía

iniciativa, y su deseo es intentar persuadir a los diputados presentes de que esos lugares comunes tienen que ser desechados porque no se sustentan técnicamente.

En primer lugar, recordó que hasta noviembre del año 2003 existía en Chile un régimen de penalización para un delito que no es ni de cerca coincidente con el que ahora se propone tipificar y que, además, preveía un marco penal considerablemente menos severo, no solamente en términos cuantitativos, pues no llegaba al nivel de sanción propia de crimen, sino sobre todo por la significación que tiene, bajo el sistema de determinación y de ejecución de la pena que hace suyo el Código Penal chileno, complementado por la ley N° 18.216, un marco penal que, al no alcanzar los 5 años y un día de presidio o reclusión, que es básicamente cuando no hay reincidencia, permite la renuncia plena a la ejecución de una pena privativa de libertad. Desde ese punto de vista, no le sorprende que durante la vigencia de ese régimen que llegó a término en noviembre del año 2003, cuando se "descriminalizó" este ámbito de atentados especialmente graves contra la libre competencia (que son los carteles) no haya habido efectivamente una praxis de penalización, porque lo que estaba en juego desde todo punto de vista práctico era más bien bagatelario y, entonces, la decisión de descriminalizar la colusión tiene algunos corolarios de índole más bien sociológica a los que se ha referido el profesor Hermosilla, pero dejó intacta la tipificación del delito de alteración fraudulenta de precios bajo el artículo 285 del Código Penal, cuya vigencia ha sido arteramente puesta en cuestión en algunas sedes, sin ninguna razonabilidad jurídica, hasta el punto que se está litigando hoy día en Santiago respecto de la posible configuración imputable de ese delito que, sin embargo, tiene asignada una pena que es considerablemente menos severa y muy poca similitud estructural con el delito que se está proponiendo tipificar en el proyecto, lo cual resulta indispensable tener en cuenta a la hora de evaluar el supuesto problema que representaría la coexistencia de este tradicional delito previsto por el artículo 285 y calificado bajo el artículo 286 del Código Penal, con el delito que se propone establecer en el nuevo artículo 286 bis.

En relación con la necesidad de establecer una sanción penal para la colusión, reconoció que es en el ámbito de la delincuencia económica sofisticada, cuyo paradigma encontramos efectivamente aquí, donde el razonamiento orientado hacia la así llamada prevención general negativa o disuasoria tiene mayor plausibilidad, la que sin embargo aparece distante para los miembros de las cámaras legislativas. Se cree que, cuando aparece un niño muerto y se anuncia que las penas se van a elevar draconianamente, los potenciales delincuentes van a tomar nota y se van a inhibir de incurrir en ese hecho porque el cálculo del índice preventivo disuasorio se ve modificado por la mayor gravedad de la sanción, lo que sumado a una mayor capacidad de detección del hecho aumenta también la probabilidad de persecución del delito. Tal es el cálculo que tendría que hacer un homo economicus, que es a quien le habla el paradigma de la prevención general negativa, lo cual carece de toda plausibilidad criminológica. O sea, cuando se legisla sobre esa base, la norma resultante se funda en una ideología economicista que no tiene sustento, salvo en ámbitos de criminalidad económica sofisticada. Eso justifica manejar la referencia a ese paradigma, en este contexto, desde el punto de vista de los niveles de información –que son absolutamente extraordinarios para la mediana de la población en Chile– con que cuentan los potenciales autores de hechos punibles de estas características, lo que daría cierta verosimilitud al argumento preventivo general de disuasión.

Pero hay un argumento adicional que es todavía más importante y que tiene que ver con algo que ya anticipaba el profesor Hermosilla en su presentación, como es la congruencia entre el diseño del régimen de sanciones penales y ciertas intuiciones socialmente compartidas entre los miembros de la comunidad que está expuesta a padecer la imposición de las sanciones de ese régimen. Hay literatura especializada abundante que muestra que, si hay un criterio determinante para evaluar la contribución más bien modesta que puede hacer un sistema de justicia criminal al control de la violencia y al mantenimiento de la criminalidad bajo ciertas tasas razonables, es que el régimen de sanciones previsto sea mínimamente congruente con valoraciones sociales compartidas. Tal criterio se conoce técnicamente como el "criterio del merecimiento empírico" y hay evidencia interesante que muestra que, a través de contextos socioculturales étnico-religiosos de las más diversas especies, uno encuentra grados abismantes de consistencias en términos de los llamados "juicios de proporcionalidad ordinal". Así, puede que un habitante del estado de Texas en Estados Unidos piense que la pena más severa del catálogo debe ser la pena de muerte y que un habitante muy ilustrado y liberal de Boston crea que la pena más severa debe ser una privativa de libertad de más de 15 años. Pero, dada esa discrepancia, cuando se ofrece una lista de formas de comportamiento que deberían resultar merecedoras de sanción y se ofrece un catálogo de las sanciones que habría que establecer correlativamente para reprimir esas conductas, los índices de coincidencia en los juicios de proporcionalidad relativa u ordinal son manifiestos. En opinión del expositor, eso da cierto sustento a la idea de que, si el derecho chileno criminaliza con una pena de presidio mayor en su grado mínimo a máximo un robo con violencia o intimidación, hay algo sumamente perverso en la circunstancia de que un hecho que socialmente

Informe de Comisión de Economía

parece exhibir, no solo la misma, sino que mayor gravedad, no se encuentre sometido a conminación penal alguna. Planteó que eso hace básicamente insostenible la hipótesis de credibilidad moral mínima que debe ofrecer un sistema penal para que su operación cotidiana y rutinaria logre satisfacer mínimamente ciertas intuiciones de justicia de la comunidad y, si esa premisa se viene abajo, lo que tenemos son linchamientos ciudadanos con personas desnudas atadas a un poste.

Dicho lo anterior, consideró que está lejos de ser extravagante la propuesta de tipificación que se efectúa, como también de ser incierta en sus contornos, pues lo que hace básicamente el nuevo artículo 286 bis del Código Penal es tipificar el paradigma más inequívoco de comportamiento colusivo, como son los carteles duros, sobre el cual no se debería discutir desde el punto de vista político-criminal y no debiera haber duda de que lo que se está tipificando es eso y solo eso, porque el elemento sobre el cual se construye esa tipificación descansa en la combinación de ciertas formas de intervención y el resultado de esa intervención, que es un acuerdo, debe ser alcanzado, mantenido, ejecutado, etcétera, con un propósito distintivo, una finalidad específica, ya sea de fijación de precios, de delimitación de la producción, provisión o distribución de bienes y servicios, o de asignación –en sentido amplio– de cuotas de mercado. Eso, en la terminología de los especialistas del derecho de la libre competencia, se acerca bastante a una decisión de validar lo que llamaríamos una regla per se, pero está siendo validada, en contraste con lo que hacía el derecho vigente antes de la reforma del año 2003, a un ámbito sumamente acotado y, por lo tanto, la manera correcta de entender la tipificación que se propone incorporar en el decreto ley N° 211 es que se trata de un reforzamiento punitivo cualificado para la forma más grave de comportamiento atentatorio contra la libre competencia (la formación de carteles duros); y si se revisa la literatura especializada más reciente al respecto, también en Chile, se podrá apreciar que estamos hablando de un atentado respecto del cual no hay mayor controversia sobre la gravedad que representa para un sistema de capitalismo avanzado como el nuestro.

Se refiere enseguida a la manera en que el delito de colusión se relaciona con el de alteración fraudulenta de precios, previsto en el artículo 285 del Código Penal. Observó que el segundo es un delito cuya descripción exige alteración de precios, por lo que no tiene relación alguna con lo que ahora se está tipificando. O sea, es enteramente infundada la idea de que –por definición– cada vez que se compruebe la existencia de este nuevo delito de colusión vamos a tener a la puerta la posibilidad de una persecución adicional o acumulativa por el antiguo delito de alteración fraudulenta de precios, componente este (el fraude) sobre el cual existe máxima discrepancia doctrinal en Chile hasta el día de hoy, porque a lo que apunta esa vieja figura aún vigente es a un comportamiento que está concebido con anterioridad a la aparición, en el contexto chileno, de algo similar a un incipiente derecho de la libre competencia. Pero, incluso, si se validara la hipótesis de que aquí hay un ámbito de litigación que se corresponde con una boutique tan sofisticada, que nuestros pobres operadores del sistema penal no van a dar el ancho desde el punto de vista de las competencias técnicas que la aplicación de esta normativa supondría, existe a juicio del señor Mañalich una solución orgánica, que no es casualidad que esté implementada de ese modo en el mismo proyecto, cual es que hay monopolio del ejercicio de la acción penal en el órgano que es técnicamente cualificado. O sea, el Ministerio Público, de acuerdo con esta propuesta, no va poder activar sus facultades de investigación y persecución si el Fiscal Nacional Económico no interpone querrela.

Por lo tanto, si los conocimientos y las competencias técnicas están, como inequívocamente lo están gracias a la institucionalidad que se ha ido consolidando a lo largo de los años, en la Fiscalía Nacional Económica y en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sería acertado pensar que el proyecto hace sensatamente un voto de confianza por esa experticia acumulada, de modo tal que la persecución penal quede reservada para aquellos casos en que, en opinión del propio organismo persecutor en materia de libre competencia, se satisfagan los presupuestos para ello, cuestión que también debería zanjar la preocupación acerca de la eventual inclusión en el nuevo tipo penal propuesto de ciertas formas de colusión aparentemente bagatelarias, aunque en lo personal el expositor no concibe que un criterio de minimis pueda tener relevancia frente al paradigma de un comportamiento colusivo, porque sería como afirmar que hay ciertos casos de violación de menores en que, por la falta de gravedad del hecho, sería mejor que no hubiera persecución.

En lo que dice relación con el régimen de punibilidad y penalidad, hay que tener claridad de que el reconocimiento de la así llamada delación compensada como eximente, tal como se la propone regular en el proyecto, opera cualificadamente respecto de la manera en que la propia delación compensada encuentra su configuración en la normativa del decreto ley N° 211. Se trata de reconocer, como una razón que obste a la punibilidad en términos absolutos, la forma de delación que es –por antonomasia– la que abre la puerta a la investigación, y hay razones de política criminal que claramente validan restringirla a ese caso. Por supuesto, no se puede descartar que haya

Informe de Comisión de Economía

colaboración de parte de otros sujetos pasivos de una investigación llevada a efecto por la FNE que pudieran llegar a tener, bajo criterios generales, cosa que el proyecto ciertamente no descarta, alguna "bonificación punitiva", como por ejemplo, la atenuante genérica de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos.

Para cerrar este punto, en cuanto al marco penal que se prevé, que es de reclusión mayor en su grado mínimo (5 años y un día a 10 años), el invitado consideró importante que los diputados tengan conciencia de que esto solo se explica sobre el trasfondo del régimen penal general que hace suyo el derecho chileno vigente, en el cual, para que una persecución penal pueda dar lugar a la imposición efectiva de una pena privativa de libertad, este es el mínimo indispensable. O sea, si el marco penal quedara levemente por debajo del establecido en el proyecto, la señal será que se aplique nuevamente libertad vigilada o remisión condicional de la pena, esto es, básicamente, firma de parte de quien pueda resultar condenado, cosa que no resiste mayor análisis. Sugirió estudiar la posibilidad de ampliar la pena un grado hacia arriba y dejarla como un marco penal compuesto de reclusión mayor en su grado mínimo a medio, por el juego que característicamente harán las atenuantes, ya que, habiendo probablemente, por antonomasia, irreprochable conducta anterior en estos casos, cualquier segunda atenuante que pueda ser invocada con éxito dará lugar a una rebaja que va a hacer impracticable para todos los efectos la imposición de una pena privativa de libertad, y en el proceso legislativo no se puede cerrar la puerta a que eso ocurra efectivamente en casos especialmente significativos.

Dicho eso, sostuvo que el tema más álgido sobre el cual la Comisión recibirá opiniones de la más diversa índole es que la coexistencia de la sanción administrativa con la penal resulta contraria al principio non bis in ídem. En lo personal, considera que eso es un mito. De hecho, en un artículo académico reciente ha intentado demostrar que la manera en que ha sido abordado el problema, en todos aquellos contextos en que –en el derecho chileno– hay concurrencia de potestades de persecución y de sanción por parte de órganos administrativos en sentido amplio y de órganos penales, es completamente desquiciada, pues se trata como si fuera un problema de garantías constitucionales un asunto que es simplemente de distribución de competencias.

Precisó que aquello que los penalistas profesionales llaman principio non bis in ídem es en realidad la conjunción de dos principios, por lo que es un error garrafal pensar que estamos hablando, por decirlo así, de un solo animal, pues se trata de dos animales que se unifican bajo un mismo nombre. El primero de esos principios es un estándar de aplicación de la ley penal sustantiva: no es posible castigar dos veces un mismo hecho. El otro principio es un estándar de clausura procesal: no puede haber persecución dos veces por un mismo hecho. El significado de "un mismo hecho" para uno y otro estándar es diferente, de modo tal que el primero es oponible al juez, pero no al legislador. El legislador democrático no está vinculado por el principio non bis in ídem en términos de no poder establecer una doble sanción, sino que es el tribunal el que está vinculado, lo cual obedece a una razón obvia, y es que, en innumerables disposiciones del Código Penal se prevén tanto penas privativas de libertad como penas pecuniarias e incluso penas de inhabilitación, siendo muchas veces accesorias unas de otras, sin que pueda sostenerse que ello es contrario al principio en cuestión.

Insistió en que el legislador democrático puede definir, salvaguardando ciertos parámetros mínimos de proporcionalidad, que además el Tribunal Constitucional chileno es bastante reacio a reconocer, un marco penal que se componga de penas de distinta naturaleza, y eso no es conflictivo en modo alguno con el principio non bis in ídem ya que, si lo fuera, el Código Penal chileno sería inconstitucional o contrario a tratados de derechos humanos. Luego, si eso lo puede hacer el propio Código Penal, es obvio que lo puede hacer el legislador a través de disposiciones fijadas en cuerpos legales distintos. No hay ningún obstáculo conceptual para que se pueda imponer a una misma hipótesis de hecho una pena privativa de libertad, además de una pena de multa. Más aún, ni siquiera es necesario que la conducta satisfaga la misma hipótesis fáctica, porque la descripción que hace el artículo 286 bis propuesto no es la misma que la contenida en el articulado del decreto ley N° 211 que se modifica y, si bien hay una posibilidad de superposición parcial (entre ambas normas), si ello se hiciera efectivo, no habría obstáculo alguno, desde el punto de vista del principio non bis in ídem, para que se imponga sanción bajo uno y otro cuerpo legal, porque el argumento contrario llevaría al absurdo de que buena parte del Código Penal es opuesto a dicho principio, lo cual no se puede sostener con un mínimo de rigor y de honestidad intelectual.

En cuanto al estándar de clausura procesal, señaló que, si se revisa la discusión sobre el problema en jurisdicciones tan diferentes como la estadounidense, la alemana o la española, se puede apreciar que el fundamento de la prohibición de persecución múltiple es una prohibición de hostigamiento procesal, que en nuestro país hace suya trivialmente el artículo primero del Código Procesal Penal cuando reconoce el efecto de cosa juzgada como un obstáculo a lo que el propio código llama "principio de persecución penal única". Eso no quiere decir que no pueda preverse un régimen de diferenciación orgánica de investigación y persecución en razón

Informe de Comisión de Economía

de la divergencia de las sanciones que son susceptibles de ser impuestas en caso de que haya condena en uno y otro frente, pues no hay incompatibilidad bajo el principio non bis in ídem en su dimensión de estándar procesal. De hecho, el legislador ha validado un régimen similar en la Ley de Mercado de Valores, la cual prevé la posibilidad de investigación y sanciones por el órgano administrativo fiscalizador, que es la Superintendencia de Valores y Seguros, sin perjuicio de las penas y, por ende, la investigación y el juzgamiento que puede llevarse a cabo en sede jurisdiccional ante el tribunal penal competente; y eso es obvio, porque se trata de coordinar sanciones que no necesariamente buscan el mismo propósito.

Al respecto, precisó el expositor que las multas que correctamente se propone establecer aquí están claramente encaminadas a hacer verosímil un mensaje de prevención general negativa disuasiva, pero la exigencia de que haya una reacción punitiva paradigmática de lo criminal, como es la pena privativa de libertad, para los casos más obscuramente graves de colusión, responde a una consideración distinta, que es garantizar que, allí donde hay congruencia de valoración social de lo intolerable que es una determinada forma de comportamiento, el sistema de sanciones penales haga suya esa exigencia y la reproduzca de un modo mínimamente consistente. Cerrarse a esa definición es básicamente validar la violencia privada que, lamentablemente, estamos ya acostumbrándonos a presenciar en los noticieros.

El diputado señor Bellolio consultó la opinión de la profesora Nehme sobre la argumentación dada por el profesor Hermosilla a favor de la competencia que, en materia de colusión, se asigna al TDLC y al Ministerio Público, como también sobre el umbral que se fijaría reglamentariamente para el control de fusiones y que se ha calculado en \$ 14 millones de ventas individuales y en \$ 83 millones de ventas conjuntas. Recaba además su opinión sobre el control de fusiones verticales o de conglomerados.

Preguntó a los profesores Hermosilla y Mañalich si sería posible juzgar al mismo tiempo a alguien por el artículo 285 del Código Penal y por el 286 bis nuevo, que se propone incorporar en éste. Piensa que los legisladores deben preocuparse de dejar en claro quién va tener la atribución, y personalmente sí cree que algo puede ser juzgado tanto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como en sede penal, pero la pregunta es más bien procesal: ¿cómo se enlaza una acción con la otra? ¿cuál comienza primero y cual le sigue? y ¿qué pasa además con las acciones de clase, cuando uno de los factores relevantes tiene que ver con el tiempo del proceso?

Con respecto a la diferencia entre quienes están en el borde y quienes están en el centro del contrato social, y lo afirmado por el profesor Hermosilla, preguntó si la igualdad ante la ley implicaría elevar las penas para los que se coluden o bajarlas para el que vende películas piratas. Acota que aún no tiene claro si se justifica o no la pena de cárcel en materia de colusión, aunque en principio diría que sí, pero requiere escuchar nuevas argumentaciones porque no cree que debido a la impunidad en que han quedado algunos casos previos se deba tomar venganza sobre los futuros. Finalmente, preguntó, ¿quién comete en definitiva la colusión?, porque en la práctica no es el dueño o el presidente de la empresa, sino el empleado que envía los e-mails. Llamó a tener cuidado al respecto porque, si la solución fuese tan sencilla, en EE.UU. habría muchas más personas condenadas por esta conducta que los 367 individuos sancionados desde el año 2005, según lo informado por el Fiscal Nacional Económico, con una pena promedio de 1 a 1,5 años. Está de acuerdo en que se debe dar una señal y castigar más severamente a quienes están en el centro del pacto social que a quienes están fuera, aunque está en desacuerdo con la caricatura del homo economicus, pero consideró que la sanción debe ser proporcional y la descripción del tipo adecuada para que los agentes económicos con mayor preparación no se dediquen a analizar los bordes de la figura penal para saltársela.

El diputado señor Chahin advirtió que el tipo penal de colusión es solo una herramienta más para reforzar el sistema de defensa de la libre competencia que se ha venido construyendo en los últimos años. Estando de acuerdo con la sanción penal en este caso planteó, sin embargo, que la vigencia del artículo 285 del Código Penal puede restarle eficacia a la delación compensada, ya que si bien ésta eximiría al primer delator de las sanciones administrativas y de la pena contemplada en el nuevo artículo 286 bis, habría un desincentivo a colaborar con la investigación al mantener la posibilidad de persecución penal en virtud del citado artículo 285.

En cuanto a la posibilidad de demandar colectivamente por los daños que genere la colusión, hizo notar que lo que hace el proyecto es recoger en la ley lo que ya está resuelto jurisprudencialmente por la Corte de Apelaciones de Santiago, pero le parece que sería más eficaz otorgarle competencia al TDLC para conocer de la acción indemnizatoria colectiva conjuntamente con la cuestión infraccional por violación del decreto ley N° 211, tal como ocurre con la acción civil en sede penal, o que al menos el tribunal especializado pueda determinar el monto de los perjuicios en su fallo y que este sirva de título para una eventual demanda indemnizatoria ante la justicia civil.

Informe de Comisión de Economía

El diputado señor Kast, don Felipe, se mostró en desacuerdo con lo afirmado por el profesor Hermosilla respecto de los técnicos, en el sentido de que podrían prestarse para planificar la comisión de un delito como el de colusión. Sostuvo que hay que tener penas lo más duras posibles para quienes corresponda, sin prejuzgar sobre sus intenciones, pues nadie quiere que quede impune alguien que merezca ser sancionado, pero tampoco que se castigue injustamente a una persona inocente o dispuesta a colaborar con la justicia.

La señora Nicole Nehme no consideró inconveniente que la ley se remita a un reglamento para fijar los umbrales en materia de control de operaciones de concentración, porque los mercados son dinámicos y necesariamente se van a tener que ir ajustando en el tiempo. Argumentó que la ley contempla los elementos básicos para que el reglamento cumpla con los tests constitucionales y que los montos que se han estado barajando están justificados. Citó al respecto un paper muy interesante de Aldo González, así como un trabajo de Claudio Agostini, e incluso un artículo que ella misma escribió para el CEP, todos los cuales contienen cifras parecidas a las que se han sugerido.

En cuanto al control de fusiones verticales y de conglomerados, consideró que ambas están incluidas en el proyecto en la medida que implican una afectación a la libre competencia, aunque obviamente tienen un reproche menor que la clásica fusión horizontal. Además, el análisis va a ser distinto: en operaciones horizontales se va a analizar un riesgo de coordinación, mientras que en operaciones verticales se van a mirar más bien riesgos de exclusión hacia terceros (foreclosure y similares). En suma, le pareció sensato que la regla de acuerdo al umbral sea la misma para ambos tipos de fusiones, pero el análisis que hará la FNE va a ser técnicamente distinto en uno y otro caso, según criterios que ella misma adelanta en la guía de fusiones que tiene hoy día y que están bastante asentados en la jurisprudencia.

Sobre la competencia del TDLC y de los tribunales penales para juzgar la colusión, sostuvo que debe hacerse congruente el sistema, porque en el caso de la Ley de Mercado de Valores hay competencia administrativa (de la SVS) y penal, pero acá habría dos tribunales propiamente tales resolviendo sobre una misma conducta, y aunque es cierto que el núcleo duro de lo penal puede ser un subconjunto de la conducta infraccional de libre competencia, si lo que se quiere como política pública preventiva es concentrar la persecución en los carteles duros, puede ocurrir que en muchos casos haya una superposición del análisis de libre competencia con el juzgamiento penal. Entonces, va a haber un TDLC analizando una conducta con posibilidades de imponer sanciones (pecuniarias) a la persona jurídica y (corporales) a las personas naturales, y un tribunal penal analizando la misma conducta para imponer sanciones (corporales) a las mismas personas naturales; y en ese sentido vale la pena extremar los mecanismos de coordinación institucional entre los organismos para evitar contradicciones. No mencionó el principio non bis in idem porque cree que la materia está resuelta, pero sí considera que la posibilidad de que haya sentencias contradictorias podría deslegitimar el sistema. Planteó que habría que hacerse cargo también de los problemas de prescripción que comentaba el diputado Bellolio, puesto que si hay distintos órganos juzgadores y, además, están las acciones de clase jugando un rol, habrá que ver cómo se coordinan las distintas etapas para priorizar que se impongan las sanciones que correspondan.

Sobre la vigencia simultánea del artículo 285 y del nuevo artículo 286 bis del Código Penal, recordó que el primero se está usando actualmente para perseguir un caso de colusión. Luego, cuando el argumento teórico no está diseñado así –porque el 285 habla de alterar (fraudulentamente) el precio de los productos, pero el 286 bis se refiere a fijar el precio– se puede dar perfectamente el caso de que ambos tipos se utilicen para perseguir una misma conducta; y lo que le preocupa es que la delación compensada cubra una hipótesis y no la otra, porque se podría considerar el artículo 285 como una hipótesis residual de colusión no cubierta, que podría llevar al Ministerio Público a tomar una decisión distinta a la del Fiscal Nacional Económico, que podría optar por no querellarse por el 286 bis.

Respecto de quién comete el delito de colusión, reconoció que en muchos casos hasta la fecha han sido funcionarios medios los responsables, pero nada obsta a que sea el directorio de una empresa el que pueda incurrir en esa conducta, por lo que hay que cubrir todas las hipótesis de participación, tanto de los tomadores de decisión de la persona jurídica como de quienes, desde puestos intermedios, puedan materializar un acuerdo de colusión ya celebrado o que, debido al ofrecimiento de bonos de fin de año u otros beneficios por parte de la compañía, tengan incentivos perversos para coludirse, aunque no haya colusión aguas arriba.

Finalmente, sobre la posibilidad de demandar perjuicios colectivamente ante el TDLC, reiteró que le parece una medida eficiente, pudiendo sustanciarse ambas acciones simultáneamente o la civil incidentalmente después del fallo condenatorio, porque el historial de jurisprudencia que tenemos en materia de indemnización de perjuicios es muy pobre y eso es algo que claramente habría que reforzar.

Informe de Comisión de Economía

El señor Juan Pablo Hermosilla defendió la tesis de que es mucho más grave lo que hace una persona que lo ha tenido todo en la vida que aquello que se ve obligada a hacer la que ha estado marginada de la sociedad y, como académico, demanda coherencia del sistema legal con la Constitución Política y con la economía social de mercado, pues no es una mera hipótesis plantear la relación que existe entre la riqueza y el poder político. Afirma que a quienes creen en una sociedad igualitaria les agrade ver situaciones de tal nivel de desequilibrio, cuando justamente está invertido el silogismo: al que hace lo más grave se le sanciona lo menos y viceversa.

Respecto de quién comete la colusión, señaló que los tribunales norteamericanos competentes en materia de delitos económicos han acuñado el concepto de willful blindness, porque esto se ha llevado a tal extremo que los jueces han tenido que buscar un fundamento para sancionar al dueño de la empresa, que es quien se ha beneficiado del delito y que ha probado no estar al tanto de lo realizado por sus asesores o subalternos, pero que en realidad "miró para el lado" justamente para que se sancionara a los responsables directos. Advirtió que, desde un punto de vista dogmático, la tarea es asegurarse de que haya una construcción que permita castigar proporcionalmente estos injustos tan graves.

Sobre la referencia al homo economicus, menciona el blog de (Richard) Posner, abogado con mentalidad económica, y (Gary) Becker, Premio Nobel de Economía, donde este último aconseja elevar las penas para reducir los delitos. Ahí está desarrollado el concepto en cuestión, a propósito del poder disuasivo del derecho penal.

Por último, aclaró que lo que le produce enfado es que, cuando se discute sobre los delitos cometidos por la gente rica, con ejércitos de abogados, se argumente que se trata de temas tan técnicos que se requiere gente especializada para su juzgamiento, siendo que la defensa de la libre competencia es derecho penal y los jueces penales están habituados a juzgar temas económicos tan complejos como los que aborda el proyecto, sin perjuicio de que deban informarse adecuadamente para mejor resolver.

El señor Juan Pablo Mañalich se refirió al artículo 285 del Código Penal, destacando la necesidad de diferenciar el problema general del especial. El problema general es que el Código Penal chileno no da para más y eso se traduce en que cualquier innovación legislativa que lo involucre genera dudas de superposición, de eventual redundancia, etcétera. A modo de ejemplo, señaló que, a diferencia de cualquier país de aquellos con que normalmente nos gusta compararnos, si hay un vacío de punibilidad crítico en el derecho penal chileno, más allá del que este proyecto pretende zanjar, es la inexistencia de un delito genérico de administración desleal, lo cual resulta incomprensible para un modelo como el chileno, que tiene un sistema de pensiones como el que tiene.

Entonces, dada esa situación, ocurre que algunos casos de aquellos que en el horizonte comparado darían lugar a persecuciones bajo la tipificación de un delito genérico de administración desleal, en Chile son tratados de reconducir un tanto a la fuerza al tipo tradicional y pedestre de la apropiación o distracción indebida del artículo 470 N° 1; y no es que sea este el tipo adecuado para perseguir eficazmente lo que llamamos administración desleal, pero se trabaja con éste porque es lo único que hay, aun cuando el tenor literal de la disposición impone restricciones (el objeto del delito tiene que ser una cosa mueble, por ejemplo). Respecto de inmuebles, no hay administración desleal punible, de entrada, pero si el legislador chileno –como el expositor cree que debería hacerlo– tipificara un delito genérico de administración desleal, habría un nuevo ámbito de superposición y la pregunta para los operadores sería: ¿cómo se relacionan estas dos disposiciones de ahora en adelante?, lo que llevaría a ciertos ajustes y cualquier estudiante estaría en condiciones de detectar que, cuando un mismo comportamiento realice de modo imputable los dos tipos, si hay similitud del fundamento de la criminalización, probablemente vamos a tener que descartar la condena por uno y quedarnos con la condena por el otro, en términos de lo que vulgarmente se conoce como una situación de concurso aparente de hechos punibles.

Afirmó que eso es exactamente lo que va a pasar si este proyecto se convierte en ley, en relación con la posible realización tanto del nuevo tipo del artículo 286 bis como del viejo tipo del artículo 285, en cuyo caso no habrá inclinación a sancionar por los dos títulos, ya que, cuando hay una lesión corporal que lleva a la muerte de la víctima, en Chile no se condena tanto por homicidio como por lesiones, pues los operadores están suficientemente adiestrados en el manejo de esa herramienta conceptual y no hay riesgo alguno de que aquello vaya a ocurrir.

Por lo demás, planteó que valdría la pena que la Comisión discutiera sobre el alcance que debe atribuirse, sensatamente a su juicio, al artículo 286 ter, que consagra la delación compensada cualificada como obstáculo a la punibilidad. Estimó que no hay ninguna razón para asumir, de entrada, que la exención no pueda tener lugar también respecto de una imputación bajo el artículo 285, pues no hay nada en el tenor literal de la disposición que así lo sugiera.

Informe de Comisión de Economía

Para terminar, aclaró que la referencia a la figura del homo economicus no era para mostrarlo caricaturescamente, sino para destacar que, si hay un ámbito en el cual tiene alguna pertinencia, es éste. No le interesa desacreditarlo, mucho menos por la denominación de origen de una universidad tan prestigiosa, sino mostrar que muchas veces se legisla con cargo a que la hipótesis es plausible cuando no lo es, y éste -sin embargo- es un ámbito en que adquiere mucha más plausibilidad.

El diputado señor Chahin compartió el argumento de texto (para no extender el beneficio de la delación compensada al artículo 285 del CP), pero considera que (el artículo 286 ter) es tan amplio que se puede producir la discusión, porque dice que estará exento de responsabilidad criminal el primero que hubiere aportado antecedentes, pero no dice respecto de qué tipos penales.

El señor Jorge Grunberg aclaró que la intención del Ejecutivo es blindar al primer delator respecto de cualquier tipo penal que pudiera ser invocado respecto de hechos constitutivos de un ilícito de colusión, y por eso se utilizó la expresión "estará exento de responsabilidad criminal" y no se hizo una referencia específica al artículo 286 bis. Podría valer la pena hacer una precisión, pero el espíritu de esa expresión es blindar al primer delator y darle a la delación compensada una certeza de la que hoy carece.

El señor Juan Pablo Mañalich reconoció que efectivamente puede haber un margen de incertidumbre (sobre la extensión de los beneficios para el primer delator), pero consideró que el criterio es procesal. O sea, la persecución respecto de la cual podría hacerse operativa la excepción tiene que haberse iniciado en virtud de antecedentes aportados a la Fiscalía Nacional Económica y ellos podrían bastar para que se vea realizado tanto el tipo del artículo 285 como el del 286 bis (en cuyo caso la exención de responsabilidad debería cubrir ambas figuras). Se podría estudiar una redacción que lo haga más preciso, pero teniendo mucho cuidado de no establecer una excepción respecto de cualquier imputación que pudiera estar descontextualizada de esa investigación, como por ejemplo, si quien se coludió además le pegaba a su señora, sería absurdo que estuviera también exento de la pena por violencia intrafamiliar. Si se quiere hacer esa precisión, hay que velar por que haya una conexión factual entre aquello que hace posible la delación y la persecución penal que se sigue de ello.

Concedió razón a la señora Nehme en que hay un margen mínimo posible de que la sentencia condenatoria a la que pudiese arribar el TDLC por requerimiento de la FNE estuviera acompañada por una sentencia absolutoria en sede penal. Destacó que, si este proyecto llega a ser ley, eso va a ocurrir en pocos casos, porque la Fiscalía Nacional Económica no va a validar una persecución penal cuando desde su punto de vista haya riesgo de que no se satisfaga el estándar de prueba que exige el Código Procesal Penal (convicción más allá de toda duda razonable). Pero si llega a haber casos en los cuales se imponga una sanción -severa pero razonable, como la que se pretende establecer- en sede de libre competencia, sin que llegue a haber sanción penal, a pesar de haberse iniciado juzgamiento en esa sede, hay que tener en cuenta que el problema no es solo el estándar de prueba, ya que también están los presupuestos sustantivos de imputación, que no son idénticos. Por ejemplo, la alegación de un error de prohibición va a estar enteramente descartada por impertinente ante el TDLC porque los criterios de imputación aquí son más laxos, pero esa misma alegación, aunque sea implausible, va a tener algún margen de pertinencia ante el tribunal que ejerce jurisdicción en lo penal. Por lo tanto, uno no puede cerrarse a que eventualmente haya casos marginales en los que, no obstante haberse impuesto una sanción por el TDLC, en definitiva no haya condena en sede penal, a pesar de que así lo haya solicitado el Ministerio Público habiendo existido querrela previa del Fiscal Nacional Económico. Con todo, esto no es algo que resulte problemático, sino determinado por el régimen de diferenciación orgánica que se está proponiendo; o sea, esos casos van a ser raros, pero cuando ocurran van a demostrar que las instituciones funcionan.

El señor Fernando Alvear, Gerente General de la Confederación de la Producción y del Comercio (CPC), sostuvo que la libre competencia es fundamental para el desarrollo de Chile, pues en mercados eficientes los consumidores tienen acceso a una mayor oferta de bienes y servicios de mejor calidad y a menores costos, siendo esta la oportunidad que tienen los emprendedores para realmente partir con sus proyectos, ya que la iniciativa privada se privilegia a través de la competencia, la cual constituye un pilar de la economía social de mercado y genera una sociedad más justa. Por eso comparte el objetivo del proyecto de ley de sancionar con mayor dureza las infracciones a la libre competencia. En tal sentido, coincide con el Ejecutivo en que la libre competencia, en primer lugar, genera confianza. Hoy día, en nuestra sociedad resulta clave devolver las confianzas y este proyecto de ley apunta en esa dirección, permitiendo que los abusos que puedan cometer los agentes económicos sean sancionados con la mayor dureza. En esta forma, las sanciones debieran servir para prevenir las conductas que atentan contra la libre competencia. Por otro lado, también se promueve la competencia leal basada en méritos, e igualmente coincide con el Ejecutivo en que la libre competencia es un desafío permanente y en que es necesario

Informe de Comisión de Economía

ir perfeccionando también permanentemente los criterios técnicos que informan el sistema.

En cuanto a la criminalización de la colusión, planteó que lo más importante es ser capaces de disuadir, de una manera lo más eficiente posible, todo tipo de hechos, actos o convenciones que atenten contra la libre competencia. Por ello, compartió la crítica que señala que el monto de las multas que hoy día se aplican a los delitos contra la libre competencia no dan cuenta del profundo daño que se genera en los mercados y en los consumidores, y muchos agentes prefieren cometer una falta a la libre competencia porque el beneficio que obtienen es mayor que la multa con la que eventualmente son sancionados. Sin embargo, antes de avanzar en establecer el criterio de criminalización, es necesario debatir qué es lo más conveniente para el país, para que lo que se obtenga sea realmente de la mayor eficiencia. No se debe olvidar que el año 2004 se derogó la norma sobre penalización de la colusión que tenía nuestra legislación, por lo que es importante analizar la evolución que ha tenido la regulación de la libre competencia en nuestro país desde entonces para que, si se decide avanzar en este sentido, se tomen las previsiones del caso para evitar, por ejemplo, la existencia de procedimientos judiciales paralelos.

Una de las grandes preocupaciones de la CPC es que, mientras por un lado existan sanciones en el ámbito civil entregadas al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por el otro haya un procedimiento penal que, complejice la tarea de sancionar, lo que a su vez atenta contra el debido proceso y la debida sanción de las prácticas de esta naturaleza. Advirtió el expositor que hoy en día no existe consenso entre los expertos en que criminalizar (la colusión) sea una solución (adecuada), pues la sanción penal incorpora complejidades al sistema de libre competencia y así, por ejemplo, el Fiscal Nacional Económico ha planteado sus puntos de vista sobre este aspecto señalando que no cree que sea ésta la mejor arma para disuadir a los eventuales infractores. Asimismo, en la legislación comparada, particularmente en la Unión Europea, no se criminaliza la colusión y, en otras jurisdicciones en que sí se criminaliza, el uso de esta herramienta penal es muy reducido y no queda clara su efectividad.

El señor Christian Acuña, Abogado de la CPC, planteó que el problema que se enfrenta cuando hablan de la criminalización de la colusión dice relación con los distintos estándares de prueba a los cuales estará sujeto el ilícito que se va analizar, por una parte, en la FNE y en el TDLC y, por otra, en los tribunales competentes en materia criminal. Para ponerlo en términos simples, los ilícitos perseguidos por la Fiscalía Nacional Económica y juzgados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia pueden estar asociados al concepto de la culpa. Es decir, es perfectamente posible que el TDLC termine sancionando la ejecución de una conducta de tipo culposo, lo cual no es posible en sede penal, en donde se requiere actuar con dolo, esto es, con la intención positiva de causar un daño anticompetitivo. Esto es lo que justifica que, en aquellos países que tienen contemplada la posibilidad de iniciar acciones penales, las sanciones aplicadas sean escasas. Es el caso de Australia, donde las condenas impuestas en el periodo 2010-2012 no superaron los 60 meses de prisión en total. Lo mismo ocurre en Inglaterra, donde hay una legislación que empieza a criminalizar la colusión recién el año 2008, y hasta 2014 solamente han existido tres acusaciones en materia penal. En EE.UU., que es mencionado como un referente en materia de criminalización de la colusión, solo se condena a 26 personas cada año, siendo que el país tiene 300 millones de habitantes.

Sin embargo, si la decisión del Parlamento fuera avanzar efectivamente hacia la criminalización de la colusión, hay algunos temas que merecen ser estudiados con más calma. Primero que nada, el tipo penal propuesto en el nuevo artículo 286 bis es un delito de actividad y no de resultado. Esto quiere decir que lo que se sanciona son conductas o acciones que atenten contra la libre competencia y no los resultados de esas conductas o acciones. Suponiendo que el dueño de la panificadora de Santa Cruz llama al dueño de la panificadora de Talca y le pregunta por el precio del kilo de marraqueta en esta ciudad para fijar el precio de la misma en Santa Cruz. Al tenor de lo dispuesto en el número uno del 286 bis propuesto eso sería colusión, cuando en realidad no hay un impacto efectivo en la libre competencia ni en los mercados que interesa defender. Tratándose de las empresas concesionarias de automóviles, por ejemplo, es sabido que la estructura de negocios de éstas consiste en la distribución de ciertas marcas por zonas geográficas, pero ocurre que el número 3 del artículo 286 bis prohíbe específicamente los acuerdos que tengan por objeto distribuir los mercados de manera territorial. Cabe preguntarse entonces si la distribución de automóviles es efectivamente una conducta que deba reprimirse o sancionarse considerándola una colusión. Pareciera que no. Es por eso que la CPC estima que el tipo penal en comento es extraordinariamente amplio.

Por otra parte, un tipo penal sin bordes definidos inhibe la innovación. Así, si el directorio de una sociedad anónima se encuentra discutiendo la generación de una nueva iniciativa comercial, lo que tendrán que hacer los directores

Informe de Comisión de Economía

de la empresa será pedir la asesoría de abogados, y serán éstos los que terminarán definiendo si la iniciativa comercial procede o no. Chile se ha caracterizado por ser un país particularmente creativo en distintas áreas, particularmente de servicios, pero con esto se estaría inhibiendo esa potencialidad económica; y lo que es aún más grave: con un tipo penal tan amplio, la posibilidad de que los requeridos en una investigación aporten efectivamente antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica empieza a reducirse, porque si una persona citada a declarar no tiene claridad de hasta dónde llega efectivamente el borde del ilícito por el cual ha sido convocada, será reacia a entregar antecedentes y preferirá asilarse en el principio de la no auto-incriminación.

Ahora, en materia de procedimiento se puede ver que este proyecto también presenta algunas dificultades. Lo lógico sería que, primeramente, la FNE pudiera definir si la conducta investigada reúne o no los requisitos necesarios para configurar un ilícito y que, una vez que se hubiera dictado sentencia y que esta hubiera producido el efecto de cosa juzgada, se definiera si corresponde o no el ejercicio de una acción criminal. Sin embargo, lo complejo del procedimiento establecido en el proyecto es que, como hay distintos estándares de prueba (en materia de libre competencia y en materia penal), se podría tener procesos corriendo en paralelo en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y en los tribunales del crimen, y podría ocurrir que el primero termine sancionando un ilícito y los segundos no. Pero, además, al tener un procedimiento como el propuesto, el Fiscal Nacional Económico pierde cierta autonomía, porque la presión social para que inicie una querrela, dado que es él el legitimado activo para interponerla, va ser extraordinariamente fuerte. Es decir, cuando existan casos de relevancia pública, es muy probable que el Fiscal Nacional Económico, en vez de determinar si efectivamente existe mérito para iniciar una acción penal, termine cediendo a la presión y salve su responsabilidad recurriendo al tribunal penal, lo que sería un lamentable retroceso para un organismo que se ha caracterizado por ser un ente extraordinariamente técnico y profesional.

En lo que respecta a la delación compensada, el señor Acuña compartió lo expresado en esta Comisión por algunos profesores en el sentido de que ella debiera estar establecida también a favor del segundo delator. Afirmó que, cuando se enfrenta a un cartel, la información que entrega el primer delator puede ser importante, pero ello provoca que el cartel se cierre y, cuando el cartel se cierra, la información no fluye. Luego, así como se está otorgando un beneficio al segundo delator en materia infraccional, parece conveniente otorgarle también algún beneficio penal si es que entrega antecedentes que efectivamente permitan a la fiscalía generar convicción acerca del ilícito.

En materia de multas, consideró que, efectivamente, las que hoy día se contemplan en la legislación parecen haber quedado obsoletas y requieren una actualización. Le parece apropiado el concepto de que las multas deban asociarse al beneficio obtenido por el infractor y que el criterio de establecer una multa equivalente al doble del beneficio es una herramienta que desincentiva fuertemente cualquier práctica colusoria. Sin embargo, planteó que la sanción alternativa, que ascendería al 30% de las ventas cuando el beneficio no pueda ser estimado, no va en el sentido de establecer un desincentivo a la operación, sino que va a generar en la práctica la quiebra de muchas empresas. Se ha planteado por algunos que este 30% es un estándar internacional; sin embargo, EE.UU. sanciona con un 20% de las ventas; Canadá, con un tope de 25 millones de dólares canadienses, y la Comisión Europea lo hace basándose en el concepto de venta afectada, con un límite máximo del 10% del volumen. Llama a revisar, por una parte, la extensión de las multas, para que cuando se determinen en función de las ventas no estén asociadas a todas las efectuadas por una compañía, ya que hay empresas multiformato y no tendría sentido sancionar una infracción cometida por un supermercado tomando en cuenta los ingresos generados por un banco perteneciente al grupo económico que es dueño de ese supermercado. Desde la lógica de la división de los negocios, pareciera que en tal caso se estaría extendiendo la multa mucho más allá de lo que debiera ser razonable. Hay que procurar, por lo tanto, que las multas sean efectivas, pero asociadas a la unidad de negocios o al producto o servicio respecto de los cuales se comete la infracción.

También es muy importante cuidar el tema de la territorialidad, porque de acuerdo a la redacción del proyecto en comentario es posible entender que las multas se aplicarían al total de las ventas de una empresa, incluyendo las efectuadas por sus filiales en el extranjero. Pareciera ser que las multas deben estar también limitadas a las ventas efectuadas en el país en que se cometió la infracción, que es por lo demás la manera en que se aplica la multa del 20% en EE.UU. Otra cosa importante que puede ocurrir con la extraterritorialidad de las multas es que, si hubiera una infracción por parte de Coca Cola y se aplicara la sanción sobre las ventas mundiales de la empresa, se harían ricos.

En cuanto a la pena accesoria que contempla este proyecto, el señor Acuña ha llegado a la conclusión de que la prohibición de contratar con el Estado no es una sanción inhibitoria de la conducta colusoria y que más bien puede

Informe de Comisión de Economía

perjudicar al propio Estado. Suponiendo que se descubre una colusión entre cinco de los siete laboratorios farmacéuticos existentes en Chile y que algunos de esos laboratorios son los principales proveedores de medicamentos para tratar algún tipo de enfermedad terminal en los hospitales públicos. Si se impusiera efectivamente la prohibición de contratar con el Estado a los laboratorios involucrados en la colusión, el Estado no tendría dónde conseguir los remedios para tratar esa enfermedad.

Para terminar, en lo que dice relación con el control de fusiones, le pareció que el proyecto avanza en un tema que ha sido materia de largo debate entre los abogados. Hoy en día, resulta muy difícil tratar de explicarle a un inversionista extranjero cómo funciona el sistema de control de fusiones en Chile porque hay un sistema voluntario, pero que en la práctica, dados los criterios que se han establecido por la Fiscalía Nacional Económica y por la jurisprudencia del TDLC, lleva a muchos abogados a recomendar la presentación de la operación a consideración de la autoridad. Sin embargo, junto con reconocer que el proyecto constituye un avance en la materia, es necesario hacer algunas prevenciones.

En primer lugar, el sistema que propone el proyecto debiera ser capaz de dar certezas a todos respecto de las acciones o conductas que deben ser objeto de una consulta, pero no es así, ya que los supuestos básicos sobre los que opera la concentración dicen relación con la pérdida de independencia, pero esta pérdida de independencia incluye no solamente lo que podríamos entender como tal, como sería la fusión de una sociedad anónima abierta con otra, sino que implica también la reducción de activos o la toma de control de activos. Esto significaría que, al amparo de este proyecto, un contrato de leaseback sobre los materiales que ya están en la industria por parte de un banco, que incorpore el 80 o el 90 por ciento de los activos para darle capital de trabajo a esa empresa, sería una operación de concentración; y eso es gravísimo, porque se está dejando tan abierto el concepto de pérdida de independencia, que el día de mañana toda operación de leaseback tendrá que ser consultada a la Fiscalía Nacional Económica.

Le extrañó también que en las operaciones de concentración se incluyan las ventas con origen en distintas líneas de negocios, porque bajo este proyecto las ventas de todo un grupo económico caben para definir una operación de ese tipo. Recordó el expositor que hace dos semanas se produjo la asociación comercial entre Cencosud y el banco Scotiabank en materia de tarjetas de crédito, operación que según este proyecto debería sumar todas las ventas de Cencosud, tanto de Brasil, como de Colombia, de Perú y de Chile, pero también debería incluir todas las ventas de Scotiabank en Chile y Canadá, porque no hay una debida limitación respecto de hasta dónde llegan efectivamente éstas. Los umbrales deben considerar, por lo tanto, como requisito, que esas ventas se produzcan en Chile y así evitar que operaciones que se generan en el extranjero terminen siendo objeto de autorización por las autoridades chilenas.

En cuanto a los estudios de la Fiscalía Nacional Económica, aplaudió que el Ejecutivo quiera que ésta estudie con mayor profundidad el desarrollo de ciertos mercados, pero observó que, junto con la posibilidad de generar estudios, se le conceden facultades intrusivas para solicitar antecedentes con ese objeto. Es decir, se le conceden a la FNE facultades investigativas en materia de libre competencia para poder requerir los antecedentes necesarios destinados a efectuar tales estudios. Llamó a tener cuidado con esto, porque normalmente la cantidad de antecedentes que pide la Fiscalía Nacional Económica es muy importante.

Finalmente, le extrañó profundamente que se haya eliminado el concepto de poder de mercado en el artículo 3° del decreto ley N° 211, pues las operaciones de concentración deben atender efectivamente a la importancia que las mismas generan en los mercados; la libre competencia se ve amenazada cuando las conductas son relevantes para la sociedad y, en esto, los abogados expertos en materia de libre competencia suelen emplear la antigua frase que dice: "tengamos mucho cuidado con las redes que ponemos, porque en vez de atrapar un elefante, las podemos llenar de moscas".

El señor Julio Pellegrini, Presidente de la Comisión de Libre Competencia del Colegio de Abogados, comentó que el proyecto es muy bueno en términos de oportunidad y de necesidad, pues se sabe que la libre competencia es hoy día un tema muy relevante a nivel nacional. Sin ir más lejos, de las nueve sentencias que dictó el TDLC el año 2014, siete fueron por colusión, por lo que es necesario establecer en la ley las herramientas que sean suficientemente útiles para dar una buena batalla y combatir los carteles. Asimismo, en lo que se refiere al poder de mercado, se necesita fortalecer la legislación no solamente para sancionar el abuso de dicho poder, sino también para poder adelantarse e intervenir en la estructura de mercado de manera que no se logre un poder de mercado que pueda ser poco beneficioso para el país. La idea es que, si ese poder se consigue por eficiencia, bienvenido sea, pero si es de manera artificial, se verá si conviene o no.

Informe de Comisión de Economía

Sobre esa base y en ese contexto, hay cuatro temas que considera muy relevantes, porque el proyecto es bueno, pero perfectible, y si se quiere que sea eficiente, cabe destacar estos cuatro temas: reformas en materia de colusión; algunas modificaciones al régimen de sanciones; cambios al sistema de control de operaciones de concentración y ciertas reformas orgánicas y procesales.

En materia de colusión, consideró necesario sancionar, y se sabe que la sanción debe cumplir con un doble objetivo: penalizar al culpable, lo que se llama la función retributiva, pero también producir un efecto disuasivo, inhibitorio, que impida que se verifiquen nuevas conductas, y eso se logra en la medida en que las penas se apliquen, de manera tal que generen un efecto ejemplificador. Por otra parte, la sanción debe aplicarse no solamente a las personas jurídicas, sino también a las personas naturales, a aquellas que han decidido, ordenado o ejecutado una colusión, porque muchas veces coincide que la persona es la propietaria o tiene participación importante en una empresa, pero otras veces sucede que no tiene ningún tipo de participación, que es un ejecutivo que –por ganarse un bono un poco más grande, por lograr el reconocimiento de sus pares en el mercado o simplemente por afiarse mejor en su posición en la empresa– decide llevar a cabo una colusión que muchas veces incluso es ignorada por los dueños. Entonces, tiene que haber también sanciones a las personas naturales.

Sin embargo, la comisión que preside, luego de haber estudiado mucho el tema, llegó a la conclusión de que criminalizar la colusión es una medida innecesaria y lo peor de todo es que, lejos de ayudar a combatir la colusión, como bien se combate hoy en día, va a quitar herramientas para ello. Explicó que (la criminalización) es innecesaria porque la experiencia histórica ha demostrado que la batalla contra la colusión hoy en día es mucho mejor que hasta el año 2003, cuando se derogó la pena de cárcel y se fueron dando a las autoridades otras herramientas que, en definitiva, han sido mucho más eficaces. Recordó que en el año 2009 se fortaleció a la Fiscalía Nacional Económica dándole muchas facultades, incluso, de tipo intrusivo; se aumentaron las multas, aunque todavía son insuficientes; y, además, se instauró la figura de la delación compensada, que es esencial para combatir la colusión, pues quien se delata o delata a un cartel puede eximirse total o parcialmente de la sanción, lo que ha permitido desbaratar carteles no solamente en materia de libre competencia, sino que también en materia de tráfico de drogas a nivel mundial.

Actualmente, existen sanciones altas para las personas naturales; el problema es que no se han aplicado. Existen multas que pueden llegar hasta los 26 o 27 millones de dólares para el ejecutivo que fraguó la colusión; sin embargo, el Fiscal Nacional Económico ha pedido tales sanciones sólo cuando ha habido colusión entre personas naturales, como es el caso de los médicos de Ñuble, los pescadores de Pichilemu o los taxistas de Valdivia, pero no cuando la ha habido entre empresas. Entonces, no hay un efecto disuasivo importante, pero no es necesario modificar la ley. Lo que tiene que hacer la FNE es pedir esas sanciones para los ejecutivos de las empresas involucradas y, el día que se apliquen, el expositor da por sentado que van disminuir considerablemente las colusiones.

Insistió en que no es necesario llevar el castigo al extremo de la criminalización, porque, al ser excesiva la pena, no se va a aplicar. Si el Fiscal Nacional Económico no ha querido hasta ahora pedir multas para las personas naturales, menos va a pedir una pena de cinco años de cárcel, que es la misma que se aplica al homicidio simple o al infanticidio. Por lo demás, la experiencia anterior al año 2003, como se dijo, es que con cárcel el sistema no funcionaba. Funciona mucho mejor hoy en día, cuando existe un buen sistema de detección y lucha contra los carteles. Además, la posición del propio presidente del TDLC es contraria a la criminalización, por las mismas razones que el señor Acuña ha expresado: históricamente, nunca se aplicó la pena de cárcel, habiendo existido por más de 30 años, y tiene el problema de que va a debilitar la herramienta de la delación compensada, porque el proyecto exime de la pena solo al primer delator; entonces, si alguien acude el día de mañana a la FNE y ofrece antecedentes sobre un cartel, lo van a eximir de las multas, pero se tendrá que ir preso por no haber sido el primero en colaborar, con lo cual este mecanismo que ha sido tan eficiente se va a acabar.

Con todo, si se decide reinstaurar la criminalización, hay que tener en consideración que las penas propuestas son excesivamente altas, en términos tales que nadie va querer aportar antecedentes a una investigación, y no va a haber delación compensada. Además, habría que derogar los artículos 285 y 286 del Código Penal, que son los que se han utilizado últimamente, al menos en el caso de las farmacias, para llevar la colusión al ámbito del derecho penal. Tales artículos nada tienen que ver con la libre competencia; de hecho, son más antiguos que la primera ley de libre competencia que existió en el mundo, pero se han adecuado de cierta manera para llevar el tema a los juzgados del crimen. Por otra parte, hay que tener siempre el control de la acción penal en la Fiscalía Nacional Económica, porque si van a estar (investigando) el fiscal económico por un lado y el Ministerio Público por otro, va a existir dualidad de procedimientos, con estándares de prueba distintos, y el riesgo de llegar a sentencias

Informe de Comisión de Economía

contradictorias. Además, lo ideal es que el juicio criminal, si llegase a existir, sea posterior al de libre competencia, de modo que, si una persona es condenada en éste, con ese antecedente se dirija contra ella la acción penal. Por último, habría que dar al segundo o tercer delator el mismo tratamiento en sede penal que en materia de libre competencia y eximirlo de la pena privativa de libertad, para que la delación compensada siga siendo eficaz en la lucha contra la colusión, como lo ha sido en EE.UU., donde permitió reducir los carteles en 42% y aumentar su detección en 62%, y en Europa, donde el 75% de los casos de colusión se han iniciado gracias a esta herramienta.

En cuanto a la exigencia de que la colusión otorgue poder de mercado, planteó que esta es esencial porque es la capacidad que se tiene para alterar las condiciones de la libre competencia. Así, si dos quiosqueros se ponen de acuerdo para subir el precio de los cigarrillos a \$ 10.000, habrá colusión de precios, pero no va a producir un efecto negativo en el mercado porque el consumidor verá que hay diez quioscos más y varios otros negocios donde podrá comprar cigarrillos más baratos. Los únicos perjudicados serán esos quiosqueros, porque nadie les va a comprar sus productos y van a terminar quebrando. Sin embargo, no se justifica meterlos durante cinco años a la cárcel por haberse puesto de acuerdo en el precio de los cigarrillos, porque el poder de mercado es relevante. Quien no tiene poder de mercado no puede infringir las normas de la libre competencia, por lo que tiene que ser considerado.

Respecto de las multas, observó que ellas están tratadas en el capítulo del proyecto sobre la colusión, pero serían aplicables a todos los ilícitos de libre competencia. El problema es que la iniciativa legal en comento ofrece dos opciones: multar sobre la base del beneficio alcanzado, con un tope del doble de éste, o en función de las ventas anuales del infractor, con un tope del 30%, lo cual abre un espacio a la arbitrariedad del tribunal. Esto se debe a que se copió parte de la ley europea y otro poco de la ley estadounidense, y se hizo un collage, lo cual no es eficiente; hay que decidirse por un tipo. Por lo demás, debido a la dificultad que implica determinar el beneficio económico obtenido por un cartel, lo más probable es que el criterio que se aplique sea siempre el de las ventas, que son mucho más fáciles de calcular.

Centrándose en el monto de la multa, planteó el expositor que el límite del 30% de las ventas es excesivo, pues aunque se quieran sanciones severas para quienes infringen la libre competencia, tampoco hay que equivocarse porque, si se sanciona con demasiada rigurosidad y eso lleva a la quiebra a las empresas, van a desaparecer empresas del mercado y eso no es bueno ni para el mercado ni para el país. Advirtió que, en la ley europea, el límite de las multas es el 10% de las ventas, pero en Chile, analizando algunas de las sociedades anónimas integrantes del IPSA, el 30% de las ventas previsto como sanción equivaldría a más de un tercio del patrimonio total de una empresa, o al pasivo circulante de ella; sería tres veces más grande que su caja, por lo que habría que liquidar los activos o endeudarse para poder pagar la multa, o podría ser cuatro veces mayor que la utilidad de la empresa. Entonces, la multa va ser excesiva; hay que sancionar con fuerza, pero sin llevar a la quiebra a las empresas, que al final del día permiten que haya una mayor competencia. Además, falta precisar si el 30% de las ventas se refiere a las efectuadas en Chile o en todos los países en que la empresa está presente. Lo mismo pasa con el producto: hay que precisar si la multa se calculará sobre las ventas de todos los productos comercializados por una empresa multiformato o se asociará sólo al producto involucrado en la colusión.

Por último, el proyecto contiene una sanción adicional, que es bastante particular y que prohíbe a los condenados por colusión contratar con órganos del Estado durante un plazo determinado. A juicio del señor Acuña, esta no es una sanción para la empresa responsable, sino para el propio Estado, pues se lo está limitando en sus posibilidades de acceder a más proveedores, como podría ser una línea aérea o algunos laboratorios farmacéuticos. Está de acuerdo en que los miembros de un cartel no pueden beneficiarse con recursos públicos, pero insiste en que la sanción en comento sería más para el Estado que para las empresas infractoras.

El señor Pedro Rencoret, Secretario de la Comisión de Libre Competencia del Colegio de Abogados, observó que uno de los ejes centrales de la reforma del Gobierno en materia de libre competencia dice relación con establecer un régimen específico de control de operaciones de concentración, que la comisión del Colegio de Abogados apoya y valora, estando de acuerdo con establecer dicho régimen, que actualmente no existe, lo que genera mucha incertidumbre porque la mayoría de las operaciones de concentración no se someten voluntariamente a consulta y, las que sí se consultan, quedan entrabadas en un procedimiento bastante largo, que muchas veces supera el año. También está de acuerdo (el Colegio) en que se establezca un régimen de control preventivo obligatorio y que haya que notificar (todas las fusiones) en la medida en que se crucen ciertos umbrales, que va a determinar con flexibilidad el Ministerio de Economía, e incluso está de acuerdo con el procedimiento que contempla el proyecto de ley. Sin perjuicio de lo anterior, hay elementos que resulta sumamente importante corregir y precisar, y que el Colegio espera puedan ser revisados.

Informe de Comisión de Economía

Uno de ellos es la definición de "operaciones de concentración", que es demasiado amplia, y la inexistencia de un vínculo actual de la entidad objeto de la operación con nuestro país. En efecto, la definición que contiene el proyecto es excesivamente amplia e, incluso, puede ser perniciosa, porque se refiere a dos o más agentes económicos previamente independientes entre sí que, en virtud de la fusión proyectada, dejarían de serlo "en cualquier ámbito de sus actividades", pero no especifica que deba tratarse de competidores, por lo que puede abarcar muchas situaciones que no constituyen necesariamente operaciones de concentración. Ejemplo de ello son los acuerdos de cooperación que puede haber entre fabricantes de smartphones y sus proveedores, que no son necesariamente competidores entre sí, pero si esos acuerdos de cooperación se hubiesen celebrado en Chile, conforme a la ley en proyecto habrían tenido que pasar por un control previo de operaciones de concentración, lo que sería un poco absurdo. Otro caso es el de dos o más agentes que se asocian "bajo cualquier modalidad" para conformar un agente económico distinto de ellos. Nuevamente esta figura abarca situaciones que no son operaciones de concentración, sino que puede tratarse de contratos de distribución, contratos de licencia o consorcios no estructurales. Por ejemplo, si una empresa experta en energías renovables no convencionales desea asociarse con una constructora para levantar una planta de energía solar, con esta ley tendría que pasar por un control de operaciones de concentración, lo cual sería contraproducente. Otro caso es el de un agente económico que adquiere el control sobre los activos de otro "a cualquier título". O sea, si Falabella celebrara un contrato de arriendo con una empresa que no es competidora, aparentemente tendría que someterlo a control preventivo de operaciones de concentración, lo cual, insiste el expositor, resulta un tanto excesivo.

Otro aspecto que se debiera corregir es que actualmente el proyecto no exige que la entidad involucrada en una operación de concentración tenga algún vínculo con Chile, lo que puede llevar al absurdo de que una fusión verificada en el extranjero deba pasar por el control de operaciones de concentración de la FNE, aunque no tenga ningún efecto en Chile. Esto, que puede sonar un poco exagerado, no lo es, puesto que la American Bar Association está trabajando en formular comentarios al proyecto de ley en debate y una de las primeras cosas que le llamó la atención es esto. En el mismo sentido, la International Competition Network, que reúne a las agencias de libre competencia de las jurisdicciones más importantes, recomienda también exigir que haya un vínculo con el país, como ocurre en la legislación brasilera, para que una operación de concentración sea sometida a control.

También sería importante revisar la norma que dispone que la parte que presenta una operación de concentración solamente va a tener derecho a llevarla al TDLC en la medida en que la FNE la prohíba, pero no si la aprueba a condición de que se adopten ciertas medidas de mitigación que ella determine, distintas de las propuestas por los consultantes. No parece conveniente que estos casos no se puedan llevar al tribunal, como lo plantearon también Nicole Nehme, María Elina Cruz o Susana Jiménez. La Comisión de Libre Competencia del Colegio de Abogados va incluso un poco más allá y cree que sería aconsejable no entregarle a la fiscalía la facultad de prohibir una operación de concentración, toda vez que esto es sumamente excepcional en el mundo. Incluso, en Chile, hemos tenido un solo caso, que es el de la frustrada fusión entre D&S y Falabella. Quizás sería más adecuado permitir a los interesados llevar la impugnación de la FNE al TDLC para que sea éste el que decida, conforme a su jurisprudencia, si corresponde o no prohibir la operación.

Otro elemento adicional es que el incumplimiento de ciertos requisitos formales en el marco del proceso de control de fusiones está sujeto a las sanciones del artículo 26, lo que también parece excesivo. Debería haber un régimen especial de sanciones en esta materia.

Por último, destacó la importancia de dotar a la FNE de los recursos necesarios para que pueda llevar a cabo correctamente las nuevas funciones que el proyecto le asigna, de modo que no haya un periodo de ensayo y error que pueda deslegitimar el sistema.

El señor Hernán Calderón, Presidente de Conadecus, destacó que en el proyecto hay temas que son bastante sensibles. Por ejemplo, la delación compensada permite inhibir cualquier acción penal y rebajar las multas a los infractores, pero nada se dice de los consumidores. Sería lógico que el que se acoge a la delación compensada, mostrando una actitud de terminar con una mala práctica, compensara inmediatamente a los consumidores porque, si no, después tendrán que esperar años para poder demandar una indemnización, como ocurrió con el caso de las farmacias, que tuvo que ser fallado por la Corte Suprema, después de mucho tiempo, para que se pudiera interponer recién una demanda colectiva.

En segundo lugar, señaló que el proyecto impide que las AdC puedan someter a consulta una operación de concentración, en circunstancias que, si Conadecus no hubiera hecho en su oportunidad la consulta por la fusión de Lan (y Tam) nadie la habría hecho; y se había llegado a un acuerdo con la fiscalía que no favorecía a los

Informe de Comisión de Economía

consumidores, y solo producto de la consulta se mejoraron las condiciones para los pasajeros de las líneas aéreas involucradas. El proyecto restringe esta posibilidad y solo faculta a la FNE para efectuar consultas.

El señor Mario Bravo, Abogado de Conadecus, habló desde su experiencia de veinte años en materia de libre competencia, adquirida tanto durante su desempeño en la Fiscalía Nacional Económica como en un estudio formado por abogados y economistas exfuncionarios de la fiscalía, que ha asesorado a Conadecus y también a la Asociación de Emprendedores de Chile, Asech.

En primer lugar, advirtió que el proyecto en debate nace una vez más de la coyuntura y no tiene un contenido de fondo o una filosofía que lo inspire. Es el cuarto o quinto proyecto de reforma al régimen de libre competencia que se presenta desde el año 1973. Recordó que el Presidente Allende fue muy estricto en esta materia dado el problema de los acaparamientos de la época y ésta fue una legislación que le interesó sobremanera, porque, al contrario de lo que se cree, ella no solo interesa a la gente de la derecha, para la que en todo caso éste no es un tema de tanta relevancia como debería ser.

Comentó el voto disidente emitido por la Ministra Sonia Araneda, de la Corte Suprema, en una causa contra Movistar, en el que ella señaló que la actitud de la Subsecretaría de Telecomunicaciones se encontraba tiznada por los intereses de la empresa, así como la licitación del actual aeropuerto, en la que los ministerios de Hacienda y de Obras Públicas coincidieron en el principio de que ojalá el Estado recibiera el mayor precio posible. Advirtió que la legislación antimonopolios chilena (el decreto ley N° 211) se aplica tanto a los privados como a los organismos públicos y, de hecho, han sido sancionadas conforme a ella instituciones públicas tales como las municipalidades y algunos ministerios. A partir de lo expresado, destacó que el tema de la libre competencia es, primero que todo, ético, pues detrás de toda colusión habrá siempre otros ilícitos. Por lo mismo, es muy importante entender que la libre competencia tiene que ver con las buenas prácticas en el emprendimiento, con aquella gente que parte desde muy abajo y que, lastimosamente, cuando va llegando a un cierto nivel, es arrasada por los grandes competidores. En segundo término, es un tema práctico, porque este sistema (económico) no va a seguir funcionando si los emprendedores no tienen la garantía de estar (operando) en un régimen de libre competencia.

En relación con el contenido del proyecto, se refirió en primer lugar a la composición del TDLC, que es un tribunal de la República, formado curiosamente por abogados y economistas que, además, no tienen dedicación exclusiva. Es decir, son parte del Poder Judicial chileno, pero pueden tener sus oficinas privadas al lado. Consideró de suma importancia modificar la composición de este tribunal, de modo que los ministros sean todos abogados, mismo criterio que ha adoptado la Corte Suprema, que por estos días está llamando a concurso para tener abogados asesores en materia de libre competencia para su tercera sala. Propuso que los miembros del TDLC sean nombrados exactamente igual como lo son los ministros de Cortes de Apelaciones, esto es, designados por el Presidente de la República, a proposición en terna de la Corte Suprema, y que sean jueces de carrera con experiencia y estudios en materia económica. Consultado al respecto, señaló que la mayoría de las discusiones que se dan en un tribunal son de carácter procedimental; tienen que ver con los recursos, los plazos, con la legitimidad activa, temas todos muy técnicos que requieren de una formación específica de la que los economistas carecen. Ante otro comentario, hizo notar que los ministros de la Corte Suprema deben resolver muchos casos que dicen relación con la medicina forense, sin ser médicos forenses.

Insistió en la necesidad de entender que el TDLC es un tribunal de la República porque hay una corriente muy fuerte, que en cierta medida ha sido desarrollada por el Instituto Libertad y Desarrollo, en la línea de excluir del conocimiento del Poder Judicial las materias económicas. De allí la proliferación de comités de expertos en materia de servicios eléctricos y otros, en circunstancias que la Constitución Política entrega el juzgamiento de las causas civiles y criminales a los tribunales de justicia, por lo que son ellos los que deben actuar, de manera que esto de los comités de expertos lo único que hace es distorsionar la aplicación de la justicia.

En segundo lugar, se refirió a las operaciones de concentración, que hasta el día de hoy pueden efectuarse sin necesidad de ser consultadas a la autoridad. Comentó que la semana pasada Conadecus presentó su alegato ante la Corte Suprema a raíz de la compra de CGE por parte de Unión Fenosa, operación en la que por 3.600 millones de dólares se vendió un cartel institucionalizado del gas en Chile. Destacó que Conadecus fue la única institución que cuestionó dicha compra, ya que no lo hicieron el Fiscal Nacional Económico ni los empresarios, pero en su momento se van a ver las consecuencias de tener al tercer productor de gas del mundo metido en nuestros sistemas de distribución de gas y electricidad. Al respecto, lo positivo es que el proyecto establece un sistema de consulta obligatoria de fusiones, pero entrega la decisión de aprobarlas o rechazarlas a la FNE y excluye toda posibilidad de intervención de las AdC y de los competidores de las empresas que se fusionan o de las empresas

Informe de Comisión de Economía

que compiten en mercados conexos. Todo esto, en momentos en que a Conadecus le ha sido negada por el TDLC su intervención en la compra de CGE y está luchando en la Corte Suprema por revertir la situación, velando por un tema en el que nadie más se ha interesado. Por lo expuesto, consideró que debe haber consulta obligatoria cuando una fusión supere cierto umbral, que debe ser fijado en la ley y no en un reglamento, donde puedan intervenir también los consumidores y los competidores directos o conexos. Reconoció que podría haber abuso del derecho de parte de algún competidor que eventualmente notifique una fusión solo por molestar, pero hay también mecanismos legales para perseguir este abuso, por lo que no se justifica privar ni a los consumidores ni a los competidores de consultar una fusión.

En cuanto a las sanciones, planteó que las multas deben mantenerse y elevarse también para los otros ilícitos distintos de la colusión, como pueden ser el abuso de poder de monopolio o la fijación de precios predatorios. Además, sostuvo que las multas deben tener también un monto mínimo y no sólo un límite máximo. Así, cuando se trate de definir la multa en función del resultado económico de la operación, el mínimo debiera ser el 110% de lo que el infractor ganó (indebidamente) con su conducta y, en caso de que no se pueda determinar el beneficio y la multa se refiera a un porcentaje de las ventas, el mínimo debiera ser el 20% de éstas.

Con respecto a los acuerdos extrajudiciales que la FNE puede celebrar con los infractores, observó que el proyecto no solo ratifica que el fiscal puede concluirlos a espaldas de todo el mundo, sino que ahora tampoco se va a poder reclamar. Es decir, puede reclamar el infractor que está negociando con el fiscal, pero no los consumidores u otros interesados. Consideró inaceptable esta disposición, pues cualquier acuerdo extrajudicial que el Fiscal Nacional Económico celebre con algún agente económico tiene que ser revisado por el TDLC y por la Corte Suprema.

En materia de estudios de mercado, advirtió que se le está quitando al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la facultad de recomendar cambios normativos, lo que resulta curioso si lo que se quiere es combatir realmente la colusión. Planteó que se debe reforzar esa facultad del TDLC y permitir que cualquier ciudadano pueda proponer a éste que investigue algún mercado, a fin de que se modifique la legislación para que se promueva la libre competencia.

Finalmente, destacó que la Corte Suprema, que en los últimos cinco o seis años ha sido la que más ha ayudado a la libre competencia a través de su tercera sala, manifestó, informando un proyecto que presentaron algunos señores diputados para que se indemnizara a los consumidores en caso de atentados a la libre competencia, que ese proyecto no tiene ningún sentido porque, hoy día, en virtud del artículo 2° de la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor, ellos pueden ejercer la acción de clase. Sin embargo, el proyecto en debate no establece el derecho a la indemnización de perjuicios, que ya existe y que esta iniciativa debiera confirmar. Para que esto sea más efectivo, propuso que el propio TDLC, junto con determinar el daño causado para efectos de fijar el monto de la sanción, defina el monto de la indemnización y ordene su pago a los consumidores afectados, a fin de evitar que éstos deban iniciar un nuevo juicio ante un tribunal civil, que no va a tener idea de lo discutido ante el tribunal especializado.

El señor Víctor Santelices, Abogado de Conadecus, disintió de lo expresado respecto de la inutilidad o ineficiencia de la sanción penal asociada a la colusión. Lo cierto es que, más allá de la necesaria protección del bien jurídico que es la libre competencia, todos los autores reconducen ese bien jurídico a la protección de los consumidores; y no es un argumento válido señalar que hasta el año 2003 no hubo ningún proceso penal porque los parámetros no son comparables, ya que en la mayor parte del país se encontraba aún vigente un sistema de enjuiciamiento criminal muy distinto al que opera actualmente, y el delito de colusión era de tal complejidad que para un juez del crimen era prácticamente imposible abordarlo, situación que difiere radicalmente de la actual, donde hay un ente de alta calidad técnica y con autonomía constitucional como es el Ministerio Público, que tiene las herramientas necesarias para dirigir investigaciones de la complejidad que implica el ilícito de colusión. Por lo tanto, el hecho de que hasta el año 2003 no haya sido perseguido este hecho no impide que actualmente se tengan las posibilidades de enjuiciarlo criminalmente.

Coincidió con los argumentos que señalan que la criminalización tiene un doble objetivo, cual es sancionar la conducta, pero también prevenir estos atentados; y se ha demostrado que, no obstante el incremento de las multas que se estableció a partir de la modificación del año 2003, estas conductas han seguido cometiéndose porque, evidentemente, el monto de aquellas no ha sido suficiente para disuadirlas. A su juicio, resulta entonces necesario establecer una sanción penal para evitar la comisión del delito de colusión; y tampoco es argumento (para negarse a ello) el hecho de que la pena establecida sea demasiado alta, pues se compara con la del homicidio o la del infanticidio, pero lo cierto es que, a partir de la Ley Emilia, el tope para los delitos contra la vida

Informe de Comisión de Economía

ya no es de cinco años y un día, sino de diez años y un día; y la pena propuesta para el delito de colusión es equivalente a la que nuestra legislación contempla actualmente para quien entra a un lugar habitado y sustrae especies, aun cuando no haya moradores en ese recinto. Luego, si un ilícito que evidentemente atenta contra los intereses de miles de consumidores, como hemos visto en el caso de las farmacias o el de los productores avícolas, tiene una pena semejante a la que merece un delito como el robo en lugar habitado, donde solo hay un perjudicado, no puede hablarse de desproporción. El problema es que hay una trampa que, probablemente, induce a que la sanción parta en cinco años y un día. Se trata de la Ley de Beneficios Carcelarios, N° 18.216, en virtud de la cual, si una persona es condenada a menos de cinco años y un día de presidio o reclusión, en la práctica no tiene pena privativa de libertad. Entonces, si se considera excesiva la privación de libertad de cinco años y un día, lo que hay que hacer es considerar una modificación de dicha ley, porque puede ser que una privación de libertad de seis meses a un año sea suficientemente disuasiva, pero en la medida en que esa privación de libertad sea efectiva y no se traduzca simplemente en una firma o un papel de antecedentes.

Consideró que no es incompatible la criminalización de la colusión con el procedimiento sancionatorio llevado a cabo por la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el cual, como se ha expuesto en esta Comisión, nunca ha habido una imputación contra personas naturales. Estimó absolutamente procedente establecer una sanción penal para las personas naturales que intervienen en el ilícito de colusión y reiteró que no son incompatibles ambos tipos de responsabilidad, como sí ocurriría si se estableciera una pena para las personas jurídicas al estilo de la ley N° 20.393, que sanciona el terrorismo, el cohecho y otras conductas. En efecto, si se estableciera que también están sujetos a esa ley los delitos contra la libre competencia, se podría sostener con razón que hay un ámbito de doble incriminación: en materia sancionatoria administrativa por Ley de Libre Competencia y en sede penal; pero en la especie no ocurre así. Se trata de sancionar a las personas naturales por un título criminal y a las personas jurídicas por un título administrativo.

Por último, observó que, en materia de delación compensada, la ley en proyecto no establece cuál es el beneficiario directo de ella. Puede ser que quien comparezca a aportar antecedentes respecto de un atentado contra la libre competencia sea la empresa, la persona jurídica, pero el autor del delito puede haber sido una persona natural, algún ejecutivo que incluso puede haber sido desvinculado un año antes. ¿Tiene la persona jurídica la posibilidad de extender los beneficios de la delación a todos los partícipes o el Fiscal Nacional Económico tendrá que matizar sus efectos? Estimó que falta precisión en este aspecto, precisamente, para que no se haga mal uso de esta herramienta y no se extienda injustificadamente a personas a las que no procede aplicarla.

El diputado señor Bellolio preguntó a los representantes de la CPC cómo creen ellos que debería describirse el tipo penal de colusión para sancionar esta conducta aun cuando no haya tenido resultados, diferenciándola de aquella que sí haya causado daño; cómo creen que deberían tratarse las fusiones verticales; cómo hacer que el tipo penal de colusión no sea ni muy específico ni muy amplio, de modo que excluya o abarque demasiadas situaciones indebidamente, o que permita a los agentes económicos moverse en los bordes de la conducta típica, y cómo evitar que se infrinja el principio non bis in ídem, teniendo dos procesos paralelos con posibilidades de llegar además a resultados contradictorios entre sí.

La diputada señora Fernández recabó la opinión de los invitados sobre la criminalización de la colusión, pues se dice que en países donde hay penas severas los casos son pocos, lo que tal vez se deba justamente a la efectividad de la sanción penal como mecanismo disuasorio de una conducta que afecta no solo a los mercados sino también a los consumidores; consultó su parecer sobre la regulación del interlocking horizontal, y preguntó a Conadecus qué le parece que el tipo de colusión se aplique también a las pequeñas empresas.

El diputado señor Chahin dudó respecto a que el control de operaciones de concentración deba radicarse exclusivamente en la Fiscalía Nacional Económica, sin que intervenga en el proceso un tribunal. Afirmó que hay que empoderar a la FNE en otros aspectos, como se hizo en el año 2009, otorgándole facultades intrusivas, pero darle una especie de monopolio respecto de las consultas, donde además se limitan las posibilidades de intervención de otros actores que hayan podido resultar afectados, puede ser un mal camino. Propuso dejar una ventana abierta para que este tipo de consultas puedan ir directamente al TDLC y que no solo la FNE pueda hacerlas.

Con respecto a la sanción penal de la colusión, planteó que lo ideal es que nunca se ejerza la acción correspondiente, porque lo importante no es que se presenten muchas querellas, sino que la pena actúe como un elemento disuasivo y que incentive la delación compensada, ya que las sanciones pecuniarias no son lo suficientemente eficaces en ese sentido. Consideró que hoy están dadas las condiciones para reponer la pena de

Informe de Comisión de Economía

cárcel para la colusión, por las razones que han expresado algunos invitados, pero advirtió algunas dificultades por la forma en que está redactada la norma que regula la delación compensada, ya que es demasiado amplia y no está claro si eximirá de responsabilidad penal solo respecto del nuevo artículo 286 bis o también respecto del antiguo artículo 285, del Código Penal, lo que debiera ocurrir para que haya un verdadero incentivo a la auto denuncia.

Finalmente, consultó la opinión de los invitados sobre la posibilidad de exigir que las empresas involucradas en casos de colusión presenten un plan de indemnización a los consumidores para que operen los beneficios de la delación compensada respecto de las personas jurídicas. Consideró injusto que los consumidores terminen pagando el costo de la delación compensada al no poder ser indemnizados, mientras las empresas –y, en su caso, las personas naturales– se benefician evitando la sanción penal y las multas.

El diputado señor Farcas preguntó cuáles serían, en general, las mejores herramientas para prevenir que se cometan atentados contra la libre competencia y para estimular la delación de los involucrados, especialmente tratándose de quienes puedan aportar antecedentes después de haberse recibido una primera denuncia. Compartió la propuesta de Conadecus en orden a que sea el TDLC el que ejerza el control de las operaciones de concentración, sin perjuicio de que la Fiscalía Nacional Económica pueda dar inicio al procedimiento de consulta. Preguntó al Ejecutivo cuál es el mejor sistema de determinación de multas que podría utilizarse en Chile, ya que combinar el norteamericano con el europeo puede generar distorsiones en la aplicación de la ley. Para terminar, planteó que la compensación a los consumidores afectados tiene que estar contemplada entre las modificaciones que propone la ley en proyecto, porque el espíritu que debe animar esta legislación es que se respeten las reglas y que, si alguien las rompe, los perjudicados por esa acción sean efectivamente indemnizados.

El diputado señor Tuma (Presidente) preguntó a los representantes de Conadecus cómo podría resolverse el problema de identificar a quiénes hay que indemnizar y qué opinan de que una parte de las multas se destinara a compensar a los consumidores. Asimismo, consultó la opinión de los invitados sobre la forma en que debiera compensarse a los accionistas minoritarios de una sociedad cuyo valor de mercado disminuye por haber sido condenada por el delito de colusión.

El señor Hernán Calderón recordó que la LPDC contempla la posibilidad de demandar colectivamente una indemnización de perjuicios cuando se ha afectado el interés difuso de los consumidores, es decir, precisamente cuando no es posible identificar a los afectados, en cuyo caso el tribunal podría disponer una rebaja generalizada del precio del producto en favor de todas las personas que lo consumen, como ha sugerido Conadecus en reiteradas ocasiones.

El señor Mario Bravo mencionó que la directora comercial de una compañía automotriz norteamericana con sede en Chile asistió a una fiesta de fin de año con representantes de otras empresas del rubro y, a la primera pregunta sobre cómo le había ido con las ventas, se retiró del lugar, pues, en Estados Unidos, todo individuo que atente contra la libre competencia comete un crimen y se va preso. Planteó que, cuando los empresarios chilenos consideren que alguien que se colude es un criminal, las cosas van a cambiar en el país.

Con respecto a la eventual colusión de pequeñas empresas, afirmó que ella se da mucho en la actualidad y que el proyecto resuelve ese problema porque sanciona tal conducta independientemente del poder de mercado que ella confiera a los involucrados. Por tanto, bastaría que dos pequeños empresarios se pusieran de acuerdo en ciertas materias, aun cuando ello no produjera el resultado esperado, para que la colusión fuera sancionada.

En cuanto al interlocking, aclaró que esta es una figura especial, que consiste en que una misma persona natural integre los directorios de varias empresas competidoras entre sí. Pero eso es distinto a que varias empresas que compiten en un mercado sean socias unas de otras, como ocurre en Chile con las compañías eléctricas o de combustibles. O sea, una persona natural, que es contratada por diversas empresas para integrar sus directorios, pero que no tiene acciones ni intereses en ellas, ni representa a nadie, y toca la casualidad que trabaja para dos empresas competidoras entre sí, no es lo mismo que un grupo de empresas del mismo rubro que son socias entre ellas, por lo que esta comisión debe tener mucho cuidado con hacer esa distinción.

El señor Víctor Santelices opinó que la Comisión podría establecer un régimen de atenuación de la responsabilidad penal para quienes delaten a un cartel sin ser los primeros en hacerlo.

El diputado señor Chahin aclaró que su pregunta se refería a la extensión de la eximente de responsabilidad penal

Informe de Comisión de Economía

que operaría en favor del primer delator, pues la norma dice que queda exento "de toda responsabilidad penal" quien preste colaboración, lo que es demasiado amplio, porque no se limita a la responsabilidad asociada a la colusión. Entonces, podría interpretarse que la eximente se refiere al nuevo artículo 286 bis, pero como está vigente además el artículo 285 del Código Penal, debiera quedar claro que ella exime de toda responsabilidad penal derivada de esa conducta.

El señor Santelices postuló que la mejor alternativa sería derogar el artículo 285 del Código Penal, pues se trata una tipificación que fue concebida en el siglo XIX para casos distintos a los delitos contra la libre competencia.

El señor Julio Pellegrini estuvo de acuerdo en que la sanción de la colusión tiene que ser suficientemente disuasiva para que no vuelvan a generarse las mismas conductas y, sin lugar a dudas, la cárcel es la sanción más severa que puede haber, pero se preguntó si es necesario criminalizar la colusión y si las multas actuales son suficientemente inhibitorias. Personalmente, estimó que no, porque las multas se aplican a las empresas y, si estas han tenido grandes utilidades coludiéndose y la multa es inferior al beneficio obtenido, al final resulta un buen negocio infringir la ley. Sin embargo, hay una parte de la ley que no se ha aplicado, como es aquella que permite sancionar con multas de hasta 27 millones de dólares a las personas naturales, sin que pueda la empresa respectiva pagar esa multa. Consideró que esto sería suficientemente disuasivo si fueran los ejecutivos quienes tuvieran que pagar las multas con cargo a su patrimonio y no al de sus empresas, y que incluso podría sancionarse con cárcel el hecho de eludir la sanción personal traspasándola a las personas jurídicas.

Sobre la posibilidad de establecer la pena de cárcel en forma adicional a la multa personal, reiteró que ello tendría un costo, pues el sistema chileno de defensa de la libre competencia es bastante particular en el mundo, ya que es uno de los pocos donde existe una agencia gubernamental que investiga y acusa, y un tribunal especializado que resuelve; y si además de eso se quisiera activar un proceso penal ante un tribunal ordinario, con estándares de prueba distintos, con la ineficiencia que eso significa, con el riesgo de procedimientos paralelos y de fallos contradictorios, no parece aconsejable asumir ese costo, a menos que las sanciones administrativas fueran insuficientes, lo cual -insiste- no es efectivo. Sugirió usar las herramientas que existen a la mano, aplicar multas elevadas a los ejecutivos y ver si se atreverán a concertarse para subir el precio de algún producto, antes de optar por otra solución.

El señor Christian Acuña coincidió en que, en aquellos países donde actualmente se criminaliza la colusión, las sanciones penales aplicadas son más bien escasas, pero afirmó que ello no obedece al carácter disuasivo que conlleva la pena en sí, sino a que el estándar probatorio para dar por acreditada la colusión en sede penal es más estricto, por lo que las agencias de libre competencia imponen muchas sanciones civiles, pero rara vez una sanción criminal. Cree que en Chile debiera ocurrir lo mismo: que la FNE tenga antecedentes suficientes para sancionar administrativamente la colusión, pero no para ejercer la acción penal por los mismos hechos, con el agravante de que va a estar sometida a una gran presión de la opinión pública, que no va a entender por qué, teniendo efectivamente una muy buena causa infraccional o civil y siendo la única institución que podría iniciar una querrela criminal, no lo hace.

Coincidió con lo planteado por los representantes del Colegio de Abogados en el sentido que la clave es que la sanción refleje adecuadamente el reproche social que la conducta colusoria merece, pero debe ser también eficaz para disuadir esa conducta. Desde ese punto de vista, argumentó que el doble del beneficio obtenido por el infractor, unido a la exigencia de que sean los ejecutivos quienes paguen la multa con cargo a su patrimonio personal, constituye una pena suficientemente eficaz y permite evitar los cuestionamientos públicos que se van a producir en el futuro por tener dos procesos paralelos con resultados diferentes.

En cuanto al interlocking, planteó que este tema debiera ser tratado en uno de los proyectos que el Gobierno tiene en vista enviar al Congreso en el marco de la denominada "agenda de transparencia", cual es el que legisla sobre los gobiernos corporativos. Opinó que, para un buen desarrollo del sistema de libre mercado, la existencia de gobiernos corporativos potentes, responsables, al interior de las compañías, es un tremendo paso en el camino correcto; y que en la ley referida a ellos se pueden tomar prevenciones importantes que hoy día se echan de menos.

[1] La tramitación completa del mensaje se encuentra disponible en la página web de la Cámara de Diputados: <http://www.camara.cl/>