

## LEY DE LIBRE COMPETENCIA: SE INICIA LA DISCUSIÓN

- Recientemente ingresó un proyecto de ley que modifica la normativa de libre competencia. Las principales medidas incluyen la reincorporación de la sanción penal para delitos de colusión, la reformulación de las multas y la consulta obligatoria para operaciones de fusión.
- Aún cuando varias de las propuestas habían sido analizadas y discutidas con anterioridad, no existe consenso en torno a algunas de ellas –como la sanción penal – ni sobre la aplicación específica de otras. Lo anterior amerita un análisis técnico serio durante la tramitación del proyecto, que permita perfeccionar adecuadamente la normativa vigente.

### **PRINCIPIO LYD:**

### *Libre Competencia.*

Recientemente ingresó al Congreso el proyecto de ley que modifica la normativa de libre competencia<sup>1</sup>. Este proyecto fue largamente esperado, puesto que existía un diagnóstico amplio y transversal respecto de la necesidad de introducir algunos perfeccionamientos a la legislación vigente. De hecho, gran parte de las medidas incluidas fueron recomendadas a mediados del 2012 por la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia. Este es el caso de la aplicación de inhabilidades para personas que hayan participado en acuerdos colusivos, cambios en la determinación de multas, el establecimiento de sanciones por obstrucción a la investigación, el fortalecimiento de la delación compensada, el control obligatorio de fusiones, entre otros. La principal innovación, por tanto, fue la incorporación de sanciones penales en caso de colusión, materia que fue debatida en la Comisión y entre otros expertos, sin alcanzar consenso. Tanto este último aspecto como la aplicación concreta de las medidas recomendadas debieran ser fuente de arduo debate durante la tramitación del proyecto.

### **CONTENIDO DEL PROYECTO**

El proyecto de ley contiene cambios normativos principalmente en materia de colusión, multas y control de fusiones, además de algunas modificaciones particulares.

En materia de colusión; (i) se reincorpora la sanción penal para casos de colusión (derogada el 2003), con penas de hasta 10 años; (ii) se establecen inhabilidades



**La conveniencia de la incorporación de la sanción penal para delitos de colusión ha sido ampliamente discutida en Chile y el mundo, no existiendo consenso al respecto.**

por 5 años para ejercer cargos públicos, director o gerente en empresas del Estado y sociedades anónimas abiertas y cargos en asociaciones o colegios profesionales; (iii) se instituye que la investigación del Ministerio Público sólo podrá iniciarse cuando la Fiscalía Nacional Económica (FNE) se querelle ante el tribunal competente; (iv) se extiende la exención de responsabilidad penal a quien primero se acoja al mecanismo de delación compensada; (v) se suma a las sanciones por colusión la prohibición de contratar con órganos de la Administración del Estado hasta por 5 años; y (vi) se elimina como exigencia para sancionar el ilícito de colusión que ésta confiera poder de mercado (efecto anticompetitivo).

En relación a las multas, se elevan y flexibilizan los montos aplicables por conductas anticompetitivas, eliminando el tope por monto fijo y reemplazándolo por el equivalente al doble del beneficio económico obtenido o, si no fuera cuantificable, por hasta el 30% de las ventas en el período que duró la infracción.

En cuanto a las fusiones u operaciones de concentración, se reemplaza el sistema de control voluntario vigente por un control de carácter “híbrido”, que obliga a notificar toda operación de concentración que supere ciertos umbrales y permite a la FNE investigar las operaciones no notificadas por hasta un año desde que éstas se hayan perfeccionado. El proceso de control consta de dos fases a cargo de la FNE: la primera, para definir en un plazo de 25 días si la operación merece o no ser investigada en virtud de eventuales riesgos competitivos; y la segunda, de 90 días, para evaluar en mayor profundidad la operación a fin de aprobarla, aprobarla con condiciones o rechazarla. Se establece que contra la resolución que prohíbe una operación se podrá interponer ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) un recurso de revisión especial. La intervención de la Corte Suprema queda limitada al recurso de queja.

El proyecto de ley define con mayor precisión el concepto de operaciones de concentración, suprime la posibilidad de que terceros sometan la operación al sistema de control y teóricamente agrega un test sustantivo al sistema de control (referido a la aptitud de cada operación para “reducir sustancialmente la libre competencia”) aunque éste no queda plasmado en su articulado.

Por último, respecto de lo que el proyecto denomina mejoras institucionales; (a) se entregan nuevas facultades a la FNE para llevar a cabo estudios de mercado (recabar información); (b) se traspasan facultades de efectuar recomendaciones de modificación normativa desde el TDLC a la FNE; (c) se admiten demandas colectivas para reclamar indemnización de perjuicios ante casos de infracción a la

libre competencia; (d) se permite a los afectados tener acceso a las investigaciones que se sigan en su contra, a excepción de lo que tenga carácter de reservado; (e) se establecen sanciones para quienes entorpezcan las investigaciones de la FNE (entrega de información y falta de comparecencia), con pena de cárcel para quien entregue información falsa; y (f) se exige la dedicación exclusiva de ministros titulares del TDLC (hoy con dedicación preferente).

### **COLUSIÓN: MÁS SANCIÓN, CON MENOR ESTÁNDAR DE PRUEBA**

Uno de los temas más discutibles del proyecto de ley tiene que ver con la sanción penal para comportamientos colusivos. Quienes apoyan su incorporación argumentan que constituye un disuasivo más eficaz que la simple aplicación de multas e inhabilidades; mientras que quienes la rechazan apuntan a la adopción de un marco institucional que ha elevado las multas y fortalecido la labor de la FNE, cambios que estarían en proceso de consolidación y funcionando adecuadamente.

Esta discusión ha existido también en otras legislaciones, no existiendo, de hecho, una receta única en el mundo. Estados Unidos tiene incorporadas las sanciones penales en su legislación, mientras que la Unión Europea ha prescindido de ellas. Reino Unido, en tanto, que promulgó el año 2002 una ley que criminalizaba los delitos de cartel, debió enmendarla y reformarla el 2013 dados sus escasos efectos<sup>ii</sup>. Chile, por su parte, derogó las sanciones penales en el Decreto Ley 211 de 2003, puesto que la imposición de penas tan elevadas, sumado a la falta de especificación de las conductas anticompetitivas -lo que no permitía cumplir con los estándares exigidos por la Constitución-, terminó haciéndolas inaplicables.

En vista de lo anterior, pareciera a lo menos cuestionable la conveniencia de reincorporar la sanción penal a la legislación chilena de libre competencia. Dado los altos niveles de multa vigentes (que además aumentarían con el proyecto en discusión), aplicar una sanción penal podría resultar un castigo desproporcionado para infracciones que atenten en contra de la libre competencia.

A esto se suma la persistencia de una tipificación imprecisa del delito. La experiencia demuestra que las figuras atentatorias contra el mercado que pueden imaginar y poner en práctica los agentes económicos son virtualmente infinitas, de forma tal que por aplicación del principio de legalidad en materia penal consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, el sistema iría siempre a zaga, toda vez que las conductas deberían estar expresamente descritas en la ley con anterioridad a los hechos que configuren dichas conductas. Cabe además señalar



**El  
procedimiento  
penal  
propuesto  
admite que  
existan  
procesos  
paralelos  
en  
tribunales  
diferentes,  
lo que podría  
derivar en fallos  
contradictorios.**

que la actividad comercial no es de por sí delictiva, de suerte tal que la actividad jurisdiccional del Estado debería tender a disuadir los actos contrarios a la libre competencia, para lo cual bastaría la aplicación de multas suficientemente altas como para que el infractor deba verse privado de los beneficios económicos que habría obtenido al atentar contra la libre competencia. Adicionalmente, la aplicación de sanciones penales significa, de acuerdo al proyecto, facultar al Ministerio Público y a los tribunales penales para conocer materias de complejidad técnica económica que están radicadas en órganos especializados (FNE y TDLC), lo que podría resultar inconveniente.

Por otra parte, si de efecto disuasivo se trata, la legislación vigente establece que “las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. Las multas aplicadas a personas naturales no podrán pagarse por la persona jurídica en la que ejercieron funciones ni por los accionistas o socios de la misma”<sup>iii</sup>. Estas multas personales, que ya existen en materia de colusión, jamás han sido aplicadas, y serían un desincentivo importante a cometer este tipo de ilícitos que no requieren cambio legislativo alguno; sólo la voluntad de ser aplicadas.

Otro aspecto que amerita atención en el proyecto es que elimina de la definición del ilícito de colusión que éste confiera poder de mercado, es decir, que tenga efecto anticompetitivo. El Artículo 3° del DL 211 establece que la práctica concertada debe conferir poder de mercado a los competidores que participen de él<sup>iv</sup>, imponiendo en estos procedimientos una exigencia probatoria importante. Es así como, de acuerdo a la ley vigente, el TDLC está obligado a realizar un completo análisis del mercado relevante y sus efectos anticompetitivos para poder sancionar. La modificación propuesta constituye un cambio sustancial en esta materia pues para efectos de sancionar dichos actos bastaría, por ejemplo, con probar la existencia de comunicaciones indebidas, aun cuando ésta no hubiera tenido efecto alguno en el mercado. Es decir, se estaría rebajando el estándar de prueba, lo que resulta contradictorio con la reincorporación de la sanción penal.

Respecto del procedimiento penal, el proyecto propone introducir en el Código Penal los nuevos artículos 286 bis a 286 quáter. En éstos se establecen las penas y la exención de responsabilidad criminal al primero que se haya acogido a la delación compensada. Adicionalmente, se regula el ejercicio de la acción penal, disponiendo que sólo pueda iniciarse por querrela de la FNE. El procedimiento propuesto establece que a la FNE le corresponde exclusivamente -y a su arbitrio-



**La propuesta de un sistema de consulta mixto parece positiva. Sin embargo, hay algunos aspectos de la implementación que ameritan mayor análisis.**

decidir en qué casos de eventuales colusiones corresponde perseguir a los infractores por la vía infraccional, criminal o ambas conjuntamente, así la iniciativa admite que la FNE presente simultáneamente un requerimiento ante el TDLC en contra de las empresas acusadas de colusión y una querrela criminal en contra de las personas naturales que supuestamente hayan participado de ella. Esto significa que podrían enfrentarse dos procesos paralelos en tribunales diferentes, cuyos disimiles estándares de prueba pueden derivar en fallos contradictorios, con la controversia que ello generaría en la opinión pública. Esto aboga por que, de existir persecución penal, debiera procederse a petición de la FNE una vez resuelto el caso en el TDLC. Esta situación podría producir la aplicación de más de una sanción por una misma conducta o hecho, lo que atentaría contra el principio jurídico procesal conocido doctrinariamente como “Non bis in ídem”<sup>v</sup>.

Lo anterior no resuelve el problema de fondo: el poder de negociación y/o presión que adquiere la FNE durante el proceso de investigación. Casos recientes han probado que la actuación de los jueces inevitablemente se ve influida por la opinión pública, lo que hace muy difícil que el juicio siga estándares estrictamente técnicos, lo que deja a la defensa desprotegida en un tribunal no especializado.

La exención que regiría en materia de sanción penal para quien primero se auto denuncie permite fortalecer esta herramienta clave para desbaratar carteles. Sin embargo, siempre debiera existir también algún tipo de reducción de pena o atenuante para quienes aportan antecedentes adicionales (como ocurre con las sanciones de la ley de libre competencia), de modo que la delación compensada opere íntegramente. Esto, ya que de no existir atenuantes para los siguientes auto-denunciantes, no habrían incentivos para entregar nuevos antecedentes al TDLC, ya que el involucrado se estaría exponiendo a la arista penal.

#### **MULTAS Y RIESGO DE QUIEBRA**

Vincular el valor de la multa al nivel de ventas que obtiene la compañía que infringe la ley de competencia resulta razonable, pues la empresa recibe una multa consistente con los beneficios obtenidos a través de su práctica anticompetitiva. Tanto esta propuesta, como la de aplicar inhabilidades a las personas naturales, no sólo resulta conveniente desde el punto de vista disuasivo, sino que además es coherente con la regulación que existe en otros países. Es bien sabido que el cálculo del beneficio obtenido es altamente complejo, puesto que supone comparar la situación del mercado sujeto a prácticas anticompetitivas con las que habrían prevalecido bajo un equilibrio competitivo. Es esta dificultad práctica,

reconocida por el propio TDLC en sus últimos fallos<sup>vi</sup>, lo que permite prever que será siempre el porcentaje de ventas el que se aplicará como sanción.

La pregunta entonces es si el 30% de las ventas en el período que duró la infracción resulta de magnitud razonable o excesiva. En esta materia hay varios antecedentes a considerar. Primero, en Europa existe como límite máximo el 10% de las ventas de la empresa en el último año. Igual porcentaje recomienda para Chile un estudio publicado por uno de los actuales ministros titulares del TDLC, quien sugiere cambiar el sistema actual de suma fija por uno basado en un porcentaje, con un techo de 10% de la facturación total neta de la firma<sup>vii</sup>. Segundo, un 30% de las ventas por todo el período que duró el acuerdo (duración que es directamente proporcional a la ineficiencia del órgano fiscalizador) puede resultar del todo desproporcionado, llevando incluso a la quiebra a las empresas involucradas. Tercero, el porcentaje no puede recaer sobre el monto de ventas totales, sino sobre las ventas de la línea de negocios sujeta a investigación, puesto que sería absurdo castigar todas las actividades que realiza un holding por ilícitos efectuados en uno de los mercados en que opera.

#### **CONTROL DE FUSIONES: EL EMPODERAMIENTO DE LA FNE**

Los mecanismos utilizados en el mundo para evitar que las fusiones de empresas deriven en estructuras de mercado anticompetitivas son diversos. Algunos han optado por mecanismos de consulta obligatoria para operaciones que superan ciertos umbrales (como EE.UU. y la Unión Europea), otros por consulta voluntaria (Reino Unido) y algunos por mecanismos semi-voluntarios (como Australia y Nueva Zelanda). Chile ha optado por un sistema de consultas voluntarias para las operaciones de fusión, pero su funcionamiento ha presentado algunas falencias en la práctica (incertidumbre, plazos, etc).

Tanto la Comisión Asesora Presidencial como un estudio realizado por la OCDE<sup>viii</sup> recomendaron implementar en Chile un sistema mixto o híbrido, donde las fusiones que superen cierto umbral se vean obligadas a notificar a la FNE, permitiendo a las restantes acogerse de forma voluntaria.

La propuesta de un sistema de consulta mixto parece positiva, toda vez que resulta razonable terminar con la incertidumbre que hoy impera en el mercado respecto de cuándo se debe o no consultar una fusión. Sin embargo, hay algunos aspectos de la implementación que ameritan mayor análisis.

Resulta clave la definición de los umbrales que gatillarían la consulta obligatoria, tanto en su composición como nivel. En términos económicos, los umbrales debieran definirse en función de la participación que alcanzaría la empresa fusionada en el mercado relevante, pero la dificultad práctica de esta evaluación lleva a proponer umbrales basados en la magnitud de las operaciones de fusión. El problema es que el proyecto define de manera muy amplia tanto el mercado a evaluar (considera las ventas en Chile) como a los agentes económicos involucrados, lo que puede significar que toda operación de conglomerados económicos importantes quede sujeta a revisión por parte de la FNE. Lo adecuado sería limitar el análisis al negocio en que se está efectuando la operación. Adicionalmente, es importante que los umbrales no sean demasiado restrictivos, evitando así un uso excesivo de recursos y una burocracia innecesaria, en virtud que en un mercado libre la mayoría de las operaciones suelen no constituir una amenaza a la competencia.

El proyecto propone un proceso de revisión en dos etapas. En la primera, la FNE podría dar por aprobadas operaciones que no presentan riesgos competitivos, en tanto que operaciones más complejas pasarían a una segunda etapa para un análisis más profundo por parte de la misma entidad. Existe algún grado de controversia en cuanto a que ambas etapas queden radicadas en la FNE, lo que de alguna manera podría quedar resuelto si la decisión tomada en esta segunda etapa quedara sujeta al consentimiento del TDLC. Sin embargo, el proyecto sólo establece que las partes podrán pedir revisión del TDLC cuando la operación haya sido rechazada por la FNE, quedando sin instancia de apelación cuando la FNE resuelva imponer condiciones excesivas o incumplibles para aprobar la operación. Lo anterior ciertamente debería ser corregido en la tramitación del proyecto.

#### **OTROS CAMBIOS INSTITUCIONALES Y NORMATIVOS: "MÁS DIENTES"**

El proyecto otorga mayores atribuciones a la FNE, entre ellas, que pueda realizar estudio sobre la evolución competitiva de los mercados, para lo cual puede ejercer la facultad de solicitar información a organismos públicos y empresas privadas, así como pedir declaraciones. Lo anterior debe ser analizado con cautela para evitar actuaciones intrusivas por parte del ente fiscalizador y persecutor.

Por su parte, el proyecto también traspasaría facultades hoy radicadas en el TDLC a la FNE, como la de revisar operaciones de fusión y la de proponer la dictación, modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios. Este último cambio no parece suficientemente justificado, toda vez que la FNE podría hacer

sus propuestas al TDLC, quien cuenta con la autonomía y competencia técnica amplia y adecuada para realizar dichas recomendaciones.

Por último, se propone incorporar a la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor la posibilidad de reclamar indemnizaciones de perjuicios con motivo de infracciones a la libre competencia. Lo anterior va a significar eternizar los procesos, siendo el mismo hecho juzgado en tribunales de competencia, penales y civiles. Ello contribuye, además, a hacer aún más compleja la aplicación de multas, puesto que la empresa podría resultar insolvente para dar cumplimiento a todas las sanciones y compensaciones interpuestas.

## CONCLUSIONES

El proyecto de ley de libre competencia se hace cargo de una serie de perfeccionamientos que se venían promoviendo hace bastante tiempo; sin embargo, como dice el dicho popular “el diablo está en los detalles”. En consecuencia, será necesario promover un debate técnico serio durante la tramitación del proyecto en el Congreso, en vista que no existe consenso ni en los temas de fondo -como la reincorporación de la sanción penal y la magnitud de las multas- ni en algunos aspectos específicos.

---

<sup>i</sup> Boletín 9950-03, ingresado el 19 de marzo del 2015.

<sup>ii</sup> Jones, A. y R. Williams (febrero 2014) “The UK response to the global effort against cartels: is criminalization really the solution?” *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 2, No. 1, pág. 100-125.

<sup>iii</sup> Artículo 26 letra c) del DL 211.

<sup>iv</sup> El artículo 3° del DL 211 letra a) señala como ilícito “los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación”.

<sup>v</sup> En latín: No dos veces por lo mismo.

<sup>vi</sup> Sentencia N°139/2014 (Caso Pollos), Considerando tricentésimo quincuagésimo tercero: “(...) este Tribunal está consciente de la dificultad de estimar qué habría sucedido en el mercado de productos de pollo en Chile en ausencia de colusión; o, dicho de otra forma, de la imposibilidad de crear un escenario contrafactual satisfactorio, dado que no es posible conocer con certeza de qué manera las Empresas Avícolas Requeridas habrían competido en ausencia de colusión”

<sup>vii</sup> Tapia, J. (primavera 2013), “La aplicación de multas a agentes económicos en el derecho chileno de la libre competencia, Una propuesta metodológica”, *Estudios Públicos* 132, pág. 71-105.

<sup>viii</sup> OECD (2014), “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”.