

Reformas a la Ley de Libre Competencia

El 13 de julio recién pasado fue publicada la Ley N° 20.361, que modificó sustancialmente el DL 211 sobre Defensa de la Libre Competencia.

Si bien el núcleo de las reformas se refieren a la implementación del mecanismo de delación compensada y a las nuevas atribuciones investigativas que se le dan a la Fiscalía Nacional Económica (FNE), se realizaron otros cambios en la legislación antimonopólica, los cuales no dejan de ser importantes.

Por ejemplo, se redefinen algunos de los conceptos contemplados en el artículo 3º, como el de colusión y el de abuso de posición dominante, se modifica el mecanismo para nombrar y remover al Fiscal Nacional Económico, quien en la práctica deja de ser de exclusiva confianza del Presidente de la República, se amplía el plazo de prescripción de las acciones persecutorias, se aumentan las multas, se disminuye el número de Ministros Suplentes del Tribunal y se les establecen nuevas inhabilidades e incompatibilidades a los Ministros Titulares y Suplentes.

A continuación se analizan algunos de los cambios más relevantes.

1. Nuevas definiciones

El artículo 3º de la ley establece y define las conductas que se consideran atentatorias a la libre competencia.

El cambio más relevante en esta materia es la eliminación de la frase “*abuso del poder que esas prácticas le confieren*” en la letra a), referida a los casos de acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos respecto de la fijación de precios de venta o compra, limitaciones de la producción, asignación de cuotas de mercado, etc.

A diferencia de lo que impera en el derecho penal, donde existen organismos claramente diferenciados e independientes de la administración -donde unos se controlan a otros y existen Tribunales encargados de velar por los derechos de los imputados- esta reforma quedó a medio camino al atribuir herramientas más efectivas, pero que a la vez son más intrusivas, y no dotar de plena autonomía y control a los órganos encargados de la persecución y de quienes realizarán las diligencias.

El antiguo texto exigía el abuso como un medio para que existiera colusión. Con la nueva redacción, la obtención del poder de mercado pareciera ser la finalidad del acuerdo. Esto podría ser adecuado en casos de acuerdos expresos, puesto que éstos les otorgan a sus participantes poder de mercado. Sin embargo, puede inducir a error en el caso de acuerdos tácitos. Por ejemplo, se puede creer que hay un acuerdo tácito cuando una empresa sigue a otra en decisiones de precio. Aquí no existe colusión sino que lo que se conoce como un “modelo de oligopolio líder-seguidor no cooperativo”, que consiste en

un mercado con un número reducido de competidores, en que siguen a un líder, pero que igualmente tienen poder de mercado.

En todo caso, la historia de la ley señala que “la exigencia de poder de mercado habrá que analizarla en cada caso, en su especialidad” agregando que “el poder de mercado alude a la capacidad de este conjunto de competidores de fijar las condiciones de comercialización, de manera independiente al resto, con la posibilidad de abusar”, siendo im-

portante “distinguirlo del poder de negociación”¹.

Esta nueva letra a) permite separar los ilícitos de colusión de los abusos de posición dominante, lo cual es apropiado dado que éstos, que quedan comprendidos en la letra b) del artículo, no debieran dar lugar a las nuevas facultades investigativas de la FNE ni a la delación compensada, las cuales sí se le entregan en los casos de colusión, por ser ambos ilícitos de naturaleza diferente.

Además, cabe tener presente que el cambiar el concepto de “agentes económicos” por “competidores” en la letra a) del artículo 3º, deja fuera los acuerdos colusorios verticales, puesto que el concepto de agentes económicos era más amplio que el de competidores. No obstante, la modificación aclara que los acuerdos colusorios verticales son en realidad abusos de posición dominante, los cuales quedan ahora contemplados en la letra b) de este artículo.

Esto es correcto dado que pueden existir contratos explícitos o implícitos entre dos partes relacionadas verticalmente, un fabricante y un distribuidor por ejemplo, donde se fije o sugiera un precio de reventa. No necesariamente dicho contrato atenta contra la libre competencia. Bien puede tratarse de un precio de reventa que elimina un problema de doble margen, en cuyo caso, no hay un abuso de posición dominante.

Finalmente, es importante dar cuenta de que el nuevo texto no sólo considera atentatorias a la libre competencia las conductas descritas en las letras a), b) y c), sino que además aquellas que “*tiendan a producir dichos efectos*”. Esto amplía el abanico de posibilidades del ilícito a aquellos que queden en estado de tentativa, que no necesariamente tengan por efecto restringir la libre competencia, lo que redundará en la disminución del estándar probatorio, permitiéndose que se acepten pruebas indirectas respecto de estas prácticas.

Las pruebas indirectas pueden inducir a error, toda vez que el paralelismo de precios, por ejemplo, no es un indicio inequívoco de colusión. Este paralelismo también es indicio de competencia, sin embargo, en este caso los precios de todos los competidores, si bien son similares, no aumentan su poder de mercado.

2. Inhabilidades e incompatibilidades para los Ministros

Dada la importancia de las temáticas de libre competencia y a la creciente complejidad de los temas que deben ser conocidos por los miembros del Tribunal de la Libre Competencia (TDLC), se propusieron una serie de reformas que buscaban la profesionalización de los mismos, entre ellas, la dedicación exclusiva, aumento de los sueldos y reducción del número de ministros suplentes.

Finalmente, la idea de la dedicación exclusiva no prosperó y fue reemplazada por nuevas incompatibilidades e inhabilidades para los Ministros Titulares y Suplentes del TDLC.

Así, a la anterior prohibición de que los Ministros Titulares no puedan ser funcionarios públicos, administradores, gerentes o trabajadores dependientes de S.A. abiertas o de sus matrices, filiales, etc., se agrega que tampoco pueden haberse desempeñado en el cargo de Fiscal Nacional Económico o cualquier cargo directivo en la FNE dentro del año anterior al concurso que los nombre, ni pueden prestar asesoría en materia de libre competencia, con excepción de asesorías internacionales. A esta última incompatibilidad también quedan afectados los Ministros Suplentes del TDLC.

Asimismo, se presume de derecho que los Ministros titulares y suplentes quedan inhabilitados para conocer una causa cuando exista interés en esa causa por parte de su cónyuge o de sus parientes; cuando tengan algún vínculo con las empresas o sociedades que son parte (ya sea porque son sus representantes legales, o tienen más del 10% del capital de la sociedad, etc) o cuando asesoren

o preste servicios profesionales a quienes tengan la calidad de parte en esa causa o lo hayan hecho en los 2 años previos al ingreso de dicha causa o del inicio de la investigación por parte de la FNE.

Estas causales de recusación generan, en la práctica, que los Ministros no podrán conocer una determinada causa cuando hayan sido asesores de una de las partes durante el año previo a la notificación de la demanda, cuando tengan relaciones laborales, comerciales societarias o en comunidad de carácter profesional con los abogados de las partes o cuando compartan oficinas con ellos, o bien, cuando hayan prestado servicios profesionales, durante los 2 años previos a la fecha de ingreso de la causa, a la contraparte en procesos judiciales o comerciales. Como la idea inicial era la de establecer dedicación exclusiva para los ministros, se consideró que no era necesario contar con 4 ministros suplentes, y por ello se disminuye su número de 4 a 2: un abogado y un experto en ciencias económicas (licenciado o con post grado). El primero será elegido por el Presidente de la República y el segundo por el Consejo del Banco Central, previo concurso público de antecedentes ante dicho organismo.

Si bien la idea de dedicación exclusiva no prosperó, igualmente se redujo el número de ministros suplentes. Esto no parece apropiado, dado que se aumentan las incompatibilidades e inhabilidades de los titulares, pudiéndose generar falta de suplentes para el caso que existan más de dos ministros inhabilitados. Cabe señalar que la ley establece que si no hay disponibilidad de ministros suplentes, el Tribunal debe sesionar con Ministros de la Corte de Apelaciones y podría darse el caso que el Tribunal no esté integrado por ningún economista como la ley lo ha querido. Esta reducción de Ministros Suplentes se hará efecti-

va en el año 2014, una vez que los actuales cesen en sus respectivos períodos.

Finalmente, hay que considerar que en el espíritu de profesionalizar la actividad, se aumentaron los sueldos de los Ministros. Así, a los Ministros Titulares se les aumenta su remuneración de 120 UTM² a la remuneración bruta mensual del Fiscal Nacional Económico³. A los Ministros Suplentes se les establece una renta fija de 30 UTM al mes más 10 UTM por cada sesión a la que asistan, con un máximo de 60 UTM al mes⁴. El aumento de remuneraciones de los Ministros Titulares se aplica desde la publicación de la ley y el de los Ministros Suplentes se aplica desde que los actuales Ministros terminen su período.

Adicionalmente, se establece que los Ministros sólo podrán ser reelegidos en su cargo por un período consecutivo.

3. Modificaciones al Procedimiento No Contencioso

Son tres las modificaciones más relevantes a este procedimiento.

Por una parte se da la posibilidad de que un tercero⁵ solicite que el Tribunal conozca sobre una futura operación de concentración, pudiendo el Tribunal establecer condiciones para aceptarla. Antes de esta reforma, la consulta sólo la podía hacer la Fiscalía y quien se proponía realizar la operación. Esto puede generar un mayor costo, en tiempo y recursos, a quienes desean desarrollar una operación de concentración, ya que también un tercero podrá solicitar se inicie un procedimiento de consulta pudiendo utilizarse este mecanismo jurídico como un arma comercial que, además, no tiene el carácter no contencioso que la propia ley le da al procedimiento con el cual debe ser conocido.

En segundo lugar, la nueva normativa da la posibilidad que frente a un procedimiento de

La gravedad y el impacto de las infracciones a la libre competencia merecen un tratamiento adecuado, dotándose a los órganos persecutorios de herramientas pertinentes para lograr sus fines.

consulta, el consultante llegue a un acuerdo con la FNE, el que debe ser aprobado por el TDLC. Esta norma es positiva en cuanto acelera el procedimiento establecido y da certeza a quienes se propongan realizarla.

Finalmente, y luego de algunas polémicas respecto de la naturaleza de las resoluciones del Tribunal en el procedimiento de consulta y de cuales son sus potestades, se dejó expresamente la posibilidad que toda decisión del Tribunal, sea que fije o no condiciones, pueda ser conocida por la Corte Suprema.

4. Nombramiento y Remoción del Fiscal Nacional Económico

El Fiscal seguirá siendo nombrado por el Presidente de la República, pero mediante el proceso de selección de la Alta Dirección Pública y durará cuatro años en su cargo, pudiendo ser nombrado por un período adicional. Aunque la modificación parece ser positiva, no se logra garantizar su efectiva independencia al no ser ratificado por el Senado.

Por otra parte, la ley dificulta su remoción toda vez que establece que la Corte Suprema deberá emitir un informe favorable, a requerimiento del Presidente de la República, para que éste pueda disponer el cese de sus funciones por destitución en caso de negligencia en el ejercicio de sus funciones o por incapacidad.

Esta mayor dificultad en la remoción del Fiscal implica que este cargo deja de ser de exclusiva confianza del Presidente de la República, pero introduce a la Corte Suprema en la decisión. Esto no es adecuado puesto que los Tribunales, en su naturaleza, resuelven conflictos de carácter jurídico y en esta situación deberán apreciar el desempeño del Fiscal en su cargo, calificando el mérito de su desempeño.

La alternativa de que el Fiscal sea nombrado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado y removido por esta mis-

ma institución parecía más adecuada y garantizaba mejor la independencia del Fiscal.

5. Nuevas atribuciones de la FNE

Las modificaciones a la ley proponen una serie de nuevas e importantes atribuciones investigativas para la FNE. En efecto, los nuevos literales del artículo 39, permiten que, para la investigación de casos de colusión, la FNE pueda entrar a recintos públicos y privados, allanarlos y descerrajarlos de ser necesario, registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar las infracciones económicas, e interceptar toda clase de comunicaciones.

Estas atribuciones han tenido una naturaleza y se han entendido dentro de las lógicas persecutorias y garantistas del derecho penal. Por ello, parece descontextualizado entregarlo a un órgano administrativo. Si bien se intentó aminorar la discrecionalidad que pudiera tener el órgano administrativo (la FNE) a través de las autorizaciones que, para ejercer estas atribuciones, requiere por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de un Ministro de Corte de Apelaciones, las características del órgano persecutor, la no existencia de garantías procesales adecuadas y la composición y nombramiento de los órganos que participan en estas atribuciones, no hacen recomendable estas nuevas atribuciones⁶.

Todos los antecedentes que se recauden en virtud de estas facultades no podrán utilizarse por la Fiscalía en ninguna otra investigación, salvo autorización judicial al respecto.

6. Mecanismo de Delación Compensada

Se establece que quien haya ejecutado una conducta de colusión⁷ podrá acceder a una reducción total o parcial de la multa cuando aporte a la FNE antecedentes que permitan acreditar dicha conducta y a los responsables de ella.

Para acceder a dicha reducción, se deben cumplir una serie de requisitos que establece la ley⁸:

- Debe proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables, que sean un aporte efectivo para la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento,
- Debe abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la FNE haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes, y
- Debe poner fin a su participación en la conducta.

Para optar a la exención de la multa, deberá ser el primero que aporte antecedentes a la FNE, 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. Quien aporte antecedentes con posterioridad sólo podrá acceder a una reducción de la misma, siempre y cuando aporte antecedentes adicionales a los presentados por el primero en delatar.

Al poner fin a su participación en la conducta inmediatamente entregado los antecedentes, el ejecutor estará indirectamente indicando al resto de los participantes del cartel que se está acogiendo a este beneficio, lo cual se contradice con el fin que persigue el requisito de abstenerse de divulgar la solicitud de este beneficio hasta que la FNE haya formulado el requerimiento u ordene se archiven los antecedentes. Cabe señalar que en este punto es clave el plazo de tiempo que se tome la FNE para analizar los antecedentes.

Según la Guía Interna de la FNE y lo que establece la ley, desde que postula a este beneficio, el solicitante debe poner fin a su participación en la conducta. La Guía Interna de la FNE considera un plazo de 3 días para que dicho solicitante reciba el Indicador de Postulación (el “número en la fila” de beneficiados

con la delación) y un plazo de 5 días adicionales para la Reunión de Programación, en la cual se acordará cómo se llevará a cabo la Reunión de Entrega de Antecedentes, la cual deberá realizarse en un plazo de 60 días corridos desde que se notifique el Indicador de Postulación. Luego de la reunión de entrega de antecedentes, en un plazo de 10 días hábiles, el Comité deberá pronunciarse sobre los antecedentes recibidos, ya sea emitiendo una resolución aprobatoria, la cual dará origen al requerimiento de la FNE, una resolución denegatoria o bien, una resolución de prórroga. Por medio de esta última se le permite al solicitante recolectar antecedentes adicionales mientras no exista otro solicitante de los beneficios.

Respecto de la reducción de la multa para quien aporte antecedentes adicionales, la ley establece que la rebaja de la multa que solicite el Fiscal en su requerimiento no podrá ser mayor al 50% de la mayor multa solicitada para los demás ejecutores de la conducta que no se hubieren acogido a este sistema de delación compensada. Esto implica que el Fiscal es quien va a determinar en definitiva las multas y no el TDLC.

Finalmente, la ley establece que quien alegue la existencia de una conducta colusoria y la funde en antecedentes falsos con el fin de perjudicar a terceros, podrá ser sancionado conforme al art. 210 del Código Penal⁹.

Este delito presenta algunas dudas respecto de su aplicación. Por ejemplo ¿Cuál es el Tribunal competente para conocerlo? ¿Corresponde calificar la falsedad de los antecedentes al TDLC o a los Tribunales Penales? Una vez acreditado el delito, ¿correría la lista de beneficiarios de la delación? No queda claro en el texto.

Otra duda que plantea la modificación legal es cómo va a operar el mecanismo de delación compensada y el de conciliación.

Dado que la delación exime o disminuye la multa, dependiendo si es el primero o

segundo en delatar, en caso de comprobarse que hubo colusión, quien se beneficie con ella igual tendrá incentivos a conciliar como una manera de disminuir las otras medidas correctivas o sanciones que puede imponerle el Tribunal, o bien, para salirse del proceso. Cabe señalar que quien se acoge al mecanismo de delación compensada no sale del proceso, en otras palabras sigue siendo “requerido”.

Hay que tener presente que, a nuestro juicio, la delación compensada no exime a quien se acoge a ella de responsabilidad ni de sanciones distintas a la multa.

El rol de la FNE es clave para que este sistema funcione: la FNE es quien da el “lugar en la fila” y quien califica los antecedentes proporcionados, señalando que ellos son suficientes o no para acceder al beneficio.

Para despejar este tema, la FNE acaba de publicar una Guía Interna sobre Beneficios de Exención y Reducción de Multas en casos de Colusión la cual se encuentra disponible para comentarios¹⁰. Algunos comentarios que se pueden hacer a dicho documento son:

- Los plazos de tiempo entre que se entregan los antecedentes y la FNE decide presentar el requerimiento o bien archivar los antecedentes, es muy amplio, lo cual permite que lleguen otros y que el resto de los miembros del cartel anule o suprima pruebas, lo cual dificulta las facultades que la ley confiere a la FNE (letra n) del art. 39).
- No quedan claros los criterios para determinar qué es prueba suficiente para acogerse a este beneficio.
- ¿Puede alguien reclamar en contra de la resolución de la FNE que otorga o

deniega el beneficio de la delación compensada?

- Se van a aceptar las grabaciones fonográficas y/o audiovisuales como prueba. Si es con autorización judicial, ¿quién va a ser el organismo que realice en la práctica dicha diligencia? ¿Lo hará la propia Fiscalía, o como en el sistema penal, la realizarán las policías bajo la supervisión de los Tribunales de Garantía?

El haber introducido atribuciones provenientes de las lógicas de persecución penal, como la delación compensada, las escuchas telefónicas o los allanamientos y descerrajamientos, no es adecuado sin que ello se equilibre con un organismo que en el ejercicio de las atribuciones asegure plena independencia y responsabilidad.

Finalmente, hay que tener presente que en la actualidad se discuten al menos dos proyectos de ley que le dan carácter penal a los acuerdos colusorios, lo cual, de aprobarse, introduce una serie de otras interrogantes, dado que se producirían procedimientos paralelos, uno ante el TDLC y otro ante el Ministerio Público.

En Conclusión

La gravedad y el impacto de las infracciones a la libre competencia merecen un tratamiento adecuado, dotándose a los órganos persecutorios de herramientas pertinentes para lograr sus fines.

Sin embargo, dichas herramientas deben ir acompañadas de mecanismos institucionales que aseguren su buen ejercicio. Desde esta perspectiva, el haber introducido atribuciones provenientes de las lógicas de persecución penal, como la delación compensada, las escuchas telefónicas o los allanamientos y descerrajamientos, no es adecuado sin que ello se equilibre con un organismo que en el ejercicio de las atribuciones asegure plena independencia y responsabilidad.

A diferencia de lo que impera en el derecho penal, donde existen organismos claramente diferenciados e independientes de la

administración -donde unos se controlan a otros y existen Tribunales encargados de velar por los derechos de los imputados- esta reforma quedó a medio camino al atribuir herramientas más efectivas, pero que a la vez son más intrusivas, y no dotar de plena autonomía y control a los órganos encargados de la persecución y de quienes realizarán las diligencias.

¹ Se trata de lo que concluye la Comisión de Economía del Senado a instancias del Fiscal Nacional Económico. Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado, recaído en el proyecto boletín 4.234-03. Página 13.

² Hasta antes de aprobada esta reforma su remuneración era de 80 UTM fijo al mes más 10 UTM por sesión adicional a las obligatorias. La ley establecía un tope de remuneración máximo de 120 UTM mensual.

³ Acorde al sitio web de la FNE, el sueldo aproximado del Fiscal Nacional Económico es de \$6.000.000.-

⁴ La remuneración actual de los Ministros Suplentes es de 10 UTM por cada sesión a la que asistan, con un tope de 40 UTM mensuales.

⁵ En el texto anterior del artículo 18 del DL 211, los terceros que tuvieran legítimo interés sólo podían solicitar la revisión de actos existentes.

⁶ El Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurrió al fallo que declara la constitucionalidad del proyecto (del 23 de junio de 2009), previniendo que “el adecuado ejercicio de las facultades y atribuciones otorgadas a la Fiscalía Nacional Económica, reforzadas en la normativa propuesta, en lo relativo a la designación y remoción de su titular, supone el establecimiento de un organismo autónomo que dirija una investigación racional y justa, como lo ordena el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, lo que no se condice con la circunstancia que se mantenga su carácter de servicio público descentralizado, si bien dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente de todo organismo y servicio, pero aún “sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción”.

⁷ Letra a) del art. 3°.

⁸ Véase art. 39 bis de la Ley 20.361.

⁹ El artículo 210 del Código Penal señala que “*El que ante la autoridad o sus agentes perjurar o diere falso testimonio en materia que no sea contenciosa, sufrirá las penas de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez sueldos vitales*”.

¹⁰ Véase Guía Interna sobre Beneficios de Exención y Reducción de Multas en casos de Colusión, publicada el 30 julio 2009 en www.fne.cl.