

Propuestas de la Comisión Asesora para la Libre Competencia

El informe elaborado constituye una contribución importante para el perfeccionamiento de la legislación vigente. Pese a que no todos los temas tratados concitaron consenso entre los miembros de la Comisión, es un avance el que se hayan identificado las materias más relevantes a ser discutidas.

Tras cerca de siete meses de trabajo, la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia entregó recientemente su informe con propuestas para perfeccionar la legislación sobre la materia. La Comisión reconoció que la legislación actual ha experimentado un importante proceso de modernización durante las últimas décadas -particularmente con las reformas introducidas en los años 1999, 2003 y 2009¹-, pero señaló que aún existen espacios para mejorar la institucionalidad vigente en lo que se refiere, específicamente, a tres aspectos: el sistema de sanciones, el mecanismo de delación compensada y el sistema de consulta de fusiones.

No todos los temas tratados concitaron consenso entre los miembros de la Comisión²; sin embargo, es un avance el que se hayan identificado las materias más relevantes a ser discutidas. Ello probablemente llevará a proponer cambios específicos a la legislación vigente, si bien es esperable que algunos aspectos -como la posibilidad de introducir sanciones penales en casos de colusión- enfrenten posiciones igualmente discordantes a la hora de su tramitación en el Congreso.

Sistema de sanciones

En Chile las sanciones que establece el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) ante acciones atentatorias a la libre competencia corresponden esencialmente a multas y otras medidas administrativas. El año 2009 se realizó una modificación legal que elevó las multas máximas, llegando a 30.000 UTA en caso de colusión, montos que ciertamente no son bajos.

La Comisión consideró necesario perfeccionar el régimen de sanciones de las “personas jurídicas” involucradas en la elaboración o concreción de actos atentatorios contra la libre competencia y también respecto de las “personas naturales” que estén vinculadas con esas personas jurídicas y que hayan participado en el ilícito. En este contexto, propuso que se sancionara a las “personas naturales” con inhabilidades temporales (por hasta un máximo de 5 años) para desempeñar ciertos cargos, lo que comprendería cargos de directores en sociedades anónimas abiertas, empresas públicas y sociedades estatales, cargos directivos en servicios y reparticiones públicas, asociaciones gremiales y colegios de profesionales, y especialmente también cargos ejecutivos con poder de decisión en sociedades anónimas abiertas.

Respecto de las “personas jurídicas”, la Comisión recomendó establecer multas definidas de acuerdo a una estimación de los beneficios obtenidos como consecuencia de las prácticas lesivas a la competencia. Esto representa una regla más simple de aplicar que intentar determinar el daño causado, razón por la cual el informe sugiere utilizar, en la fijación de multas, un porcentaje de las ventas de la empresa durante el ilícito más un factor “disuasivo”.

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 resultan convenientes desde el punto de vista disuasivo, sino que además son coherentes con la regulación que existe en otros países. Adicionalmente, y tal como lo señala el informe, la propuesta va en la línea de ir dando señales claras en el tiempo sobre los criterios empleados para definir el valor de las sanciones -evitando una excesiva discrecionalidad por parte del TDLC en la determinación de las multas-, lo que resulta en una regla clara y objetiva, que además es compatible con mantener en la ley un monto máximo para dichas multas.

La Comisión trató también en su informe la conveniencia o no de establecer sanciones penales a los atentados a la competencia. En su análisis destacó un aspecto relevante: si bien la reforma de 2003 eliminó este tipo de sanciones de la ley de libre competencia -dada su falta de aplicación y, por ende, su ineficacia como mecanismo disuasivo para cometer ilícitos-, los mecanismos que hoy ofrece el Código Penal en sus artículos 285, 286 y 287 hacen que las sanciones penales estén *de facto* presentes en la legislación chilena. En particular, estos artículos establecen, en términos generales, que quienes por medios fraudulentos alteren los “precios naturales” del trabajo, bienes o activos sufrirán penas de reclusión. Es decir, la legislación chilena contempla en la práctica sanciones penales aplicables a conductas anticompetitivas, aún cuando

quien lo aplica -un Tribunal Penal a petición el Ministerio Público- está fuera del ámbito de los organismos de defensa de la competencia.

El informe señala que lo anterior no sólo crea una compleja figura jurídica sino que, más importante aún, debilita la eficacia del mecanismo de delación compensada al introducir importantes grados de incertidumbre para quienes buscan acogerse a los beneficios de este sistema. Los miembros de la Comisión coincidieron, por tanto, en la conveniencia de derogar o modificar los mencionados artículos del Código Penal para excluir de este ámbito los temas de libre competencia, dado que hoy existen organismos especializados que velan por este objetivo.

Cabe señalar, que existen distintas interpretaciones frente a lo anterior. En particular, los artículos del Código Penal datan de fechas anteriores a la Ley Nº 211 y sus posteriores modificaciones. En consecuencia, hay quienes argumentan que una vez eliminadas las sanciones penales de la ley de competencia debiera darse por abolida también la aplicación de los artículos correspondientes del Código Penal respecto de este tipo de ilícitos. En relación con el punto anterior, cabe señalar que antes de convenir en una derogación o modificación de los artículos 285 a 287 del Código Penal es necesario hacer el ejercicio de comparar cada tipo específico comprendido en dichos artículos con las conductas que se tipificaban en los artículos 1º, 2º y 3º del texto primitivo del Decreto Ley 211, de 1973, con el objeto de determinar en qué caso podría tratarse de la misma conducta hasta el punto de poderse afirmar que la derogación de los tipos penales de dicho decreto ley habría producido como consecuencia la derogación de la misma conducta específicamente descrita en el Código Penal. Esta conclusión, no obstante, y dado el estricto principio de legalidad en materia penal, resulta difícil de sostener y por consiguiente es probable que los artículos 285 a 287 del Código Penal se encuentren no solo formalmente vigentes sino también aplicables si el Ministerio Público decidiera formalizar por cualquiera de esos delitos.

Es probable que nos dé alguna luz el fallo del Tribunal Penal en el llamado caso "Farmacias", donde la Fiscalía Centro Norte imputa a ejecutivos de farmacias y laboratorios precisamente el delito de alteración fraudulenta de precios descrito en los artículos 285 y 286 del Código Penal, lo que podría terminar en una pena de reclusión de 61 días a 3 años para los imputados (sin considerar circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que pudieran configurarse).

Donde no hubo coincidencia entre los miembros de la Comisión fue en la conveniencia de incorporar explícitamente sanciones penales para las acciones atentatorias a la libre competencia. Por un lado, quienes apoyan su incorporación -circunscrita, eso sí, a actos de colusión solamente- argumentan que constituye un disuasivo más eficaz que la simple

aplicación de multas e inhabilidades, lo que permitiría además potenciar el mecanismo de la delación compensada. Por el contrario, quienes rechazan la incorporación explícita de sanciones penales apuntan a la reciente adopción de un marco institucional que elevó las multas y fortaleció la labor de la Fiscalía Nacional Económica (FNE), cambios que estarían en proceso de consolidación y funcionando, hasta donde hay información, de manera adecuada.

La disyuntiva entre imponer o no sanciones penales para las prácticas anticompetitivas es atendible pues no hay una receta única en el mundo. EE.UU., por ejemplo, las ha incorporado en su legislación, mientras que la Unión Europea ha prescindido de ellas. Sin embargo, en vista de que la imposición de penas muy elevadas termina haciéndolas inaplicables -como ocurrió durante la vigencia de las sanciones penales en el Decreto Ley 211, lo que llevó a su posterior eliminación-, pareciera cuestionable la conveniencia de su reincorporación a la legislación chilena. A ello se suma que, considerando los altos niveles de multa vigentes desde la modificación legal de 2009, aplicar una sanción penal podría resultar en un castigo desproporcionado para un delito atentatorio a la libre competencia.

Frente a esta disyuntiva -sancionar o no penalmente los atentados a la libre competencia- parece preferible optar por un sistema de carácter infraccional que, por lo tanto, no imponga sanciones penales, por las siguientes razones: a) desde luego, la experiencia demuestra que la 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, 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; b) 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 que parece suficiente la aplicación de multas altas como para que el infractor deba verse privado de los beneficios económicos que habría obtenido al atentar contra la libre competencia, y c) la aplicación de sanciones penales significa, o bien 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), o bien dotar a dichos órganos especializados de facultades en materia penal, extendiendo sus atribuciones más allá de su actual y correcto diseño institucional. Ninguna de las dos alternativas está exenta de complejidades que las hacen inconvenientes.

Por último, la Comisión recomendó imponer multas para quienes en el marco de una investigación no entreguen información oportuna y fidedigna o de alguna forma obstruyan el trabajo realizado por la FNE. Eso, sin duda,

ayudaría a acortar los plazos de las investigaciones y agilizaría, por tanto, los procedimientos.

Mecanismo de delación compensada

La delación compensada ha sido ampliamente considerada como una herramienta clave para desarticular carteles. Pero, para ello -según destaca el informe de la Comisión- resulta imprescindible un diseño claro y transparente para que pueda operar de manera eficaz.

La principal falla que detectó la Comisión en el caso chileno es que no provee de inmunidad penal efectiva para las personas que se acercan a la FNE a delatar el cartel, ya que existen canales independientes de intervención de instituciones públicas -como el Ministerio Público- que pueden imponer sanciones penales a quienes se hayan delatado y hayan llegado a un acuerdo de delación compensada con la FNE.

El informe recomienda, por tanto, introducir las necesarias modificaciones a la legislación que permitan evitar investigaciones paralelas y superposición de atribuciones en materias de libre competencia, sea que se decida o no reincorporar la sanción penal para el delito de colusión. Ello resulta razonable puesto que, para que funcione la delación compensada, el delator debe estar seguro de que no sólo se verá extinguida o reducida la multa, sino además de que no corre el riesgo de enfrentar una sanción penal por la incriminación del mismo hecho. En consecuencia, la Comisión recomienda elaborar algún marco jurídico que entregue inmunidad efectiva, a la vez que sugiere se promueva una mayor difusión del procedimiento de delación compensada vigente en el país y que hoy está plasmado en una guía similar a la vigente en la Unión Europea.

Cabe advertir que la opinión que se pueda formular sobre esta figura de exención o atenuación de responsabilidad, está directamente relacionada con la decisión de mantener o no sanciones penales para quienes atenten contra el libre mercado. En efecto, la vigencia de los actuales artículos 285 a 287 del Código Penal podría constituir un desincentivo a efectuar una delación compensada ante la FNE toda vez que, paralelamente, el mismo sujeto podría verse procesado en sede penal por delito relativo a la actividad comercial (párrafo 7 del Título VI del Libro II del Código Penal).

Siendo así, y dado el convencimiento de que la delación compensada es un instrumento idóneo para combatir la colusión o conductas monopólicas, debería buscarse la forma de dar certeza a quien se auto denuncie, de que obtendrá la exención o la rebaja de la multa, en su caso, sin un posterior juicio penal. La solución no parece fácil, pero puede examinarse la posibilidad de otorgar efectos penales a la auto denuncia efectuada ante la FNE, de modo tal que quien la realice, quede exento de responsabilidad

penal por las figuras paralelas de los artículos 285 a 287 del Código Penal. Ello vuelve a plantear la conveniencia de estudiar o bien la derogación de dichos tipos penales, o bien modificarlos para separar completamente las conductas del ámbito penal de las del ámbito infraccional, de forma tal de evitar cualquier superposición entre tales normas.

Sistema de consulta de fusiones

Es bien sabido que las fusiones son una práctica habitual en economías de mercado, donde las empresas buscan aprovechar las economías de escala que puedan resultar de una operación conjunta. No obstante, éstas también pueden tener como motivación el alcanzar una posición dominante en los mercados para obtener rentas sobre normales por la vía de adoptar prácticas abusivas. Es precisamente esta última situación la que tratan de prevenir y evitar los organismos de defensa de la competencia.

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. Sin embargo, su aplicación presenta algunas falencias en la práctica. En efecto, existe el riesgo que la FNE o un tercero "con interés legítimo" realice la consulta cuando las empresas involucradas han optado por no hacerlo, situación que provoca la paralización de la operación. Ello introduce importantes grados de incertidumbre para la ejecución de la operación pues existe una falta de certeza para las empresas involucradas en cuanto a plazos y etapas a cumplir, así como también respecto de si las medidas de mitigación eventualmente acordadas con la FNE serán aceptadas por el TDLC, a lo que se suma una dilación de los plazos del procedimiento que va más allá de lo conveniente.

Es en este contexto que la Comisión recomendó un sistema de consulta mixto, donde las fusiones que superen cierto umbral -definido por la autoridad para indicar que constituye una eventual amenaza a la competencia- se verían obligadas a notificar a la FNE. El resto, en cambio, no estaría sujeto a obligatoriedad de consultar, pudiendo someterse voluntariamente al examen de fusiones en caso de querer obtener con ello una mayor certeza jurídica respecto de la operación.

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. En la

práctica, este dilema se agudizó tras el caso Lan-Tam, donde se acogió una consulta de terceros no relacionados con las empresas involucradas, contraviniendo lo que fuera el espíritu de la ley. Ello limitaría en el futuro la voluntariedad del sistema, toda vez que con este precedente cualquiera podría hacer un uso incluso estratégico de este mecanismo para obstaculizar procesos de fusión de sus competidores, lo que aumenta los plazos, riesgos y costos del proceso de consulta.

La determinación de los umbrales que gatillarían la consulta obligatoria también fue abordado en el informe de la Comisión, señalando que si bien económicamente debieran definirse en función de la participación que alcanzaría la empresa fusionada en el mercado relevante, su cálculo no resulta fácil en la práctica. Es por ello que la Comisión sugirió utilizar umbrales basados en la magnitud de las operaciones de fusión, ya sea medido por los activos o venta de las empresas partícipes, lo que representa un criterio fácil de aplicar, claro y objetivo. Lo anterior se estima adecuado, siempre que sea la ley la que fije algún parámetro, que impida un ejercicio discrecional por parte de la autoridad.

La Comisión recomendó además establecer etapas y plazos para las operaciones sujetas a revisión por parte de la FNE. Para ello propuso una primera etapa de 30 días donde la FNE podría dar por aprobadas operaciones que no presentan riesgos competitivos. Operaciones más complejas, en cambio, pasarían a una segunda etapa de mayor análisis (que podría durar, según la experiencia, hasta 7 meses), donde podría ser aceptada la operación -con o sin medidas de mitigación- o ser rechazada. En cualquier caso, la decisión tomada en esta segunda etapa por la FNE requeriría, según recomienda el informe, del consentimiento del TDLC.

Al respecto, cabe señalar que puede no ser conveniente entregar tantas facultades a la FNE, dejando que sea este organismo y no el TDLC quien finalmente evalúe si acepta o no las operaciones de fusión. En este contexto, debiera mantenerse en el TDLC la decisión última, lo que significa que no sólo se limite a dar el consentimiento a las decisiones tomadas por la FNE, sino que deba ser éste el órgano encargado de revisar las operaciones consultadas.

Por su parte, la propuesta de establecer un mecanismo de consulta mixto parece razonable en la medida que el umbral que finalmente se defina no resulte demasiado restrictivo; vale decir, que se mantenga la condición de voluntariedad para la mayor parte de las consultas por operaciones de fusión. Así, se respeta la libertad de emprender de los privados, siendo ellos mismos los llamados a evaluar el riesgo de llevar adelante o no la operación con o sin consultar, dependiendo de las características del mercado. De ese modo, se evita 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. Con ello se lograría conciliar el objetivo de evitar acciones anticompetitivas con la necesaria agilidad y oportunidad que requiere la ejecución exitosa de los negocios en un mercado libre.

Otros

En vista de que las investigaciones de la FNE no se rigen por un sistema que contenga etapas ni plazos definidos, la Comisión propuso que las investigaciones se rijan supletoriamente por la ley Nº 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos. Posteriormente, recomendó modificar el DL 211 para incorporar plazos máximos de duración de los procedimientos investigativos que desarrolle la FNE, lo mismo que en el caso de las denuncias formuladas a la FNE, que no debieran exceder un plazo de análisis -por ejemplo, de 60 días-, lo que podría ser extendido por el TDLC.

Es relevante destacar la importancia de agilizar los procesos e investigaciones que lleva a cabo la FNE para no dilatar excesivamente los períodos en que las empresas se encuentran siendo estudiadas, pues con ello muchas veces se pierde la oportunidad de realizar operaciones que pueden ser incluso gravitantes para la permanencia en el tiempo del respectivo negocio. En sentido contrario, se puede afirmar, desde luego, que la ley de procedimientos administrativos parece estar concebida para situaciones muy distintas del procedimiento que se requiere ante la FNE. Puede sostenerse, sin embargo, que es preferible que exista alguna norma, aunque sea de carácter supletorio, antes que carecer absolutamente de un mecanismo procesal idóneo. Por ello parece deseable asignar ciertos plazos para el ejercicio de las facultades investigativas de la FNE, que una vez vencidos, se extinga la facultad investigativa para ese caso, a menos que el TDLC le autorizara una ampliación del plazo, con conocimiento de causa. Ello daría seguridades a las personas o instituciones investigadas a la vez que obligaría a sistematización y priorización del trabajo de la FNE.

Se requiere, además, avanzar en sancionar a quienes dificultan u obstaculizan la investigación, de modo de evitar que la fijación de plazos se convierta en una herramienta para evadir la efectiva labor de los organismos de defensa de la libre competencia. Lo aconsejable, entonces, sería establecer plazos para la FNE -desde el inicio de la investigación y para las distintas etapas del proceso- y, a la vez, clarificar los requerimientos de información y los plazos de entrega de dichos antecedentes por parte de las empresas investigadas, que de ser contravenidos implicarían una sanción.

Conclusiones

El informe elaborado por la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia constituye una contribución importante para el perfeccionamiento de la legislación vigente.

En relación a las recomendaciones formuladas, parece positivo que las multas por infracciones a la libre competencia sean establecidas sobre la base de una regla objetiva y que se establezcan inhabilidades temporales para los responsables. La posibilidad de incorporar explícitamente sanciones penales -sobre cuya materia no hubo acuerdo en la Comisión- parece inconveniente por diversas razones; en todo caso, cualquiera sea la decisión final, amerita una modificación a los artículos 285, 286 y 287 del Código Penal. Ello además permitiría reforzar el mecanismo de delación compensada. Por último, la recomendación de aplicar un mecanismo de consulta mixto para las fusiones parece positiva, siempre que se definan adecuadamente los umbrales, se fijen plazos para la investigación y se establezcan incentivos a la entrega oportuna de información.

En breve...

RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN:

- Es positivo que las multas por infracciones a la libre competencia sean establecidas sobre la base de una regla objetiva y que se establezcan inhabilidades temporales para los responsables.
- La posibilidad de incorporar explícitamente sanciones penales no concita consenso entre los especialistas, pero parece inconveniente por diversas razones.
- Aplicar un mecanismo de consulta mixto para las fusiones (es decir, obligatorio sólo si la operación supera ciertos umbrales) resulta positivo, siempre que se definan adecuadamente dichos umbrales, se fijen plazos para la investigación y se establezcan incentivos a la entrega oportuna de información.

¹ Se refiere a los ajustes introducidos al Decreto Ley 211 de 1973 a través de la Ley Nº 19.610 (1999) que fortalece las atribuciones de la FNE; la Ley Nº 19.911 (2003) que crea el TDLC; y la Ley Nº 20.361 (2009) que entrega mayores herramientas para la persecución de carteles (como la introducción de mecanismo de delación compensada).

² Los integrantes de la Comisión fueron: Francisco Rosende, Francisco Agüero, Ronald Fisher, Tomás Flores, Aldo González, Anita Holuigue, Ricardo Jungmann, Blanca Palumbo, Jorge Rodríguez, Domingo Valdés, Enrique Vergara, Hermann Von Gersdorff y Arturo Yrarrázaval.