

**INFORME DE LA COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL
PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

JULIO 2012

FORMARON PARTE DE LA COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Secretario Ejecutivo:

Tomás Flores Jaña

Subsecretario de Economía y Empresas de Menor Tamaño

Presidente:

Francisco Rosende Ramírez

Decano Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas

Pontificia Universidad Católica de Chile

Integrantes:

Aldo González Tissinetti

Director Académico Diploma en Regulación y Competencia

Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile

Arturo Yrarrázaval Covarrubias

Profesor de Derecho Económico

Universidad Católica de Chile

Blanca Palumbo Ossa

Abogada Panel de Expertos Ley General de Servicios Eléctricos

Domingo Valdés Prieto

Profesor de Derecho Económico y Libre Competencia

Universidad de Chile

Francisco Agüero Vargas

Director Centro de Regulación y Competencia, Facultad de Derecho

Universidad de Chile

Ricardo Jungmann Davies

Director Ejecutivo Centro de Libre Competencia Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile

Ronald Fischer Barkan

Profesor Titular, Ingeniería Civil Industrial Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas
Universidad de Chile

Anita Holuigue Barros

Directora Ejecutiva Grupo de Radios Dial S.A.

Enrique Vergara Vial

Abogado Rivadeneira, Colombara, Zegers Abogados

Jorge Rodríguez Grossi

Decano Facultad de Economía y Negocios
Universidad Alberto Hurtado

Hermann von Gersdorff Trömel

Subdirector Racionalización y Función Pública DIPRES

RESUMEN EJECUTIVO

- La legislación de defensa de la competencia chilena ha experimentado un importante proceso de modernización durante las últimas décadas. Cabe destacar al respecto la reforma del año 2003 que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y la modificación introducida el año 2009, que dotó de más herramientas y recursos a la Fiscalía Nacional Económica en su tarea de perseguir carteles. Sin perjuicio de lo anterior, a juicio de los integrantes de la presente Comisión, existe espacio para perfeccionar la institucionalidad vigente en materia de defensa de la competencia, principalmente en tres aspectos: sanciones; mecanismo de delación compensada y sistema de consulta de fusiones.
- A juicio de los integrantes de la presente Comisión existe un espacio para perfeccionar las normas que establecen las sanciones a aquellas personas naturales y/o jurídicas que participen en la ejecución o elaboración de actos anticompetitivos. Así, se recomienda que las multas a las empresas envueltas en prácticas lesivas a la competencia sean establecidas de acuerdo con una estimación de los beneficios obtenidos como consecuencia de las mismas, más un monto que actuaría como disuasivo. Dado las dificultades prácticas que involucra disponer de mediciones certeras y oportunas del “beneficio monopólico”, se recomienda que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia adopte una política de multas basada en un porcentaje de las ventas materializada por los partícipes del ilícito.
- Adicionalmente se recomienda establecer inhabilidades a cargos de representación pública- incluyendo la participación en directorios de sociedades anónimas abiertas- de aquellas personas naturales involucradas en la elaboración y/o puesta en práctica de una colusión. También se recomienda que los ejecutivos principales de sociedades anónimas abiertas o directivos de servicios públicos o reparticiones estatales, que decidan que la respectiva sociedad o entidad pública participe en ilícitos monopólicos queden inhabilitados por un período de hasta cinco años, para ejercer tales cargos en sociedades anónimas o entidades públicas.

- La incorporación explícita de sanciones penales en la legislación de defensa de la competencia fue objeto de un riguroso análisis por parte de la Comisión, lo que permitió delinear las líneas de acción que enfrentan al respecto las políticas que se adopten con respecto a esta materia. Por un lado, existe la posibilidad- defendida por varios miembros de la Comisión- de no incorporar explícitamente sanciones penales en la legislación de defensa de la libre competencia. Ello sobre la base de la reciente adopción de un marco institucional que al elevar las multas y potenciar la labor de la Fiscalía Nacional Económica, pareciera estar funcionando adecuadamente, aun cuando requiere de algún período adicional para su consolidación. Por otro lado, algunos miembros de la Comisión argumentaron la conveniencia de establecer- de un modo explícito- sanciones penales en la legislación referida. Ello actuaría- a juicio de sus impulsores- de un modo más efectivo en la contención de las prácticas anticompetitivas.
- Tanto la primera como la segunda opción antes mencionadas, se encuentran con el obstáculo que plantea el ordenamiento jurídico chileno actual, donde el tipo penal está *de facto* presente en la legislación de defensa de la competencia, a través de la aplicación del artículo n°285 del Código Penal. Esta figura genera una importante incertidumbre con respecto a cuáles serán las sanciones asociadas a las conductas lesivas a la competencia, al tiempo que hace ineficaz una herramienta esencial para la detección de carteles, como es la delación compensada. Además, la presencia de la disposición mencionada conspira contra el éxito del mecanismo de delación compensada, como herramienta para detectar carteles.
- Así, de mantenerse un marco legal que deja fuera las sanciones penales, parece imprescindible eliminar el mencionado artículo del Código Penal, o bien, eximir de su aplicación los ilícitos monopólicos. Si se opta por establecer sanciones penales en la legislación de defensa de la competencia- específicamente para sancionar las prácticas de colusión- es entonces fundamental que la facultad para requerir su aplicación se encuentre en manos del Fiscal Nacional Económico. Ello no sólo en cuanto se trata de un tema de alta especialización y complejidad, sino además, por cuanto ello es necesario para que opere el mecanismo de la delación compensada, herramienta que en otras economías ha probado ser altamente efectiva en la detección de carteles.

- Las fusiones de empresas son una práctica normal y habitual en una economía de mercado. Con frecuencia estas apuntan a aprovechar economías de escala, las que permitirían sostener mayores volúmenes de producción con una caída relevante en los costos medios de producción. Sin embargo, existe el riesgo de que las fusiones se transformen en un mecanismo para alcanzar una posición dominante por parte de la nueva empresa, o bien debilitar significativamente la competencia en un determinado mercado. Dado ello, es habitual el establecimiento de algún mecanismo de control de los efectos que estas operaciones pueden tener sobre la competencia en los mercados sobre los que interviene la empresa fusionada.
- En Chile existe un sistema de consulta voluntaria por parte de las empresas que participan de fusión. Si bien la literatura y la experiencia no muestran de un modo concluyente la supremacía de un sistema específico de tratamiento de las operaciones de fusión-voluntario, obligatorio o mixto- a juicio de la Comisión, la incorporación de esta última alternativa en nuestro país, a través de un esquema de “umbrales” que definen si procede o no la consulta, permitiría alcanzar un manejo más eficiente de estas operaciones. Ello tanto en términos de la agilidad y certidumbre del proceso de consulta, como en lo relativo al uso de recursos por parte de los organismos a cargo de cautelar por la competencia en los mercados. Aquellas empresas bajo el umbral obligatorio, podrían acogerse voluntariamente a la consulta, con el propósito de acceder a una mayor certeza jurídica.

1.- INTRODUCCIÓN

1.1.- La construcción de una efectiva institucionalidad de defensa de la competencia es un aspecto esencial para el buen funcionamiento de una economía de mercado. Dicho sistema debe contener las señales adecuadas para desalentar la adopción de prácticas anti competitivas, junto organismos eficaces en la detección y sanción de éstas.

La arquitectura de la institucionalidad vigente en Chile en materia de defensa de la competencia se encuentra en el Decreto Ley 211 de 1973, al que posteriormente se introdujeron algunos ajustes con las reformas que dieron origen a la Ley N° 19.610 (1999), que fortalece las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica (FNE); la Ley N°19.911 (2003) que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y a la Ley N°20.361 (2009), que apunta a entregar más herramientas a los organismos de defensa de la competencia en la persecución de carteles¹.

1.2.-La reforma legal del año 1999 amplió las facultades del Fiscal Nacional Económico (FNE), en términos de autorizar el inicio de investigaciones sin informar al investigado, pero con la autorización de la Comisión Resolutiva². Se le autorizó a solicitar documentos y declaraciones, al tiempo que se establecieron sanciones para quienes entorpecieran las labores investigativas de la Fiscalía.

1.3.- El año 2003, la Ley N°19.911 creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), constituido por tres abogados y dos economistas, promoviendo una mayor dedicación del mismo a través del establecimiento de una remuneración por sus tareas³, junto con criterios explícitos de selección de profesionales especialistas en temas de libre competencia para integrar éste. En esta reforma se estableció la obligación de fundamentar los fallos del TDLC, tanto en consideraciones jurídicas como económicas. Se incorporó además un recurso de reclamación contra las sentencias sujeto a la consignación parcial de las multas.

¹ Previo a la dictación del DL 211, estaba vigente en nuestro país el Título V de la Ley 13.305, que creó la Comisión Antimonopolios.

² La Comisión Resolutiva dejó de existir el año 2004, al entrar en operación el TDLC en mayo de dicho año.

³ Hasta esa fecha, los integrantes de la Comisión Resolutiva ejercían las funciones en dicho órgano de forma *ad honorem*.

Un aspecto importante de destacar en dicha reforma es la eliminación de las sanciones penales⁴. Ello se fundamentó en su falta de aplicación, lo que la llevó a que en definitiva este no fuese un disuasivo eficaz a la ejecución de ilícitos hacia la competencia. Dicho cambio fue acompañado de un aumento en el monto de la multa máxima, desde 10.000UTM a 20.000 UTA⁵.

En la mencionada reforma a la legislación antimonopolio implementada el año 2003, se estableció un criterio de graduación de las multas, en función de: el beneficio económico obtenido como consecuencia de la ejecución de prácticas anticompetitivas; la gravedad misma de esta conducta y; la calidad de reincidente del infractor. De acuerdo al mencionado texto legal introducido el año 2003, las multas se pueden aplicar sobre: personas jurídicas; directores o administradores de éstas y; ejecutores del ilícito.

1.4.- Como se indicó, las reformas introducidas en la legislación el año 2009 apuntaron a fortalecer los mecanismos de defensa de la competencia en lo que se refiere a la detección y sanción de carteles. En particular, es importante mencionar la introducción del mecanismo de Delación Compensada, el aumento de las facultades investigativas de la FNE, además de un considerable aumento en las sanciones monetarias para los casos de colusión, llegando estas hasta 30.000UTA⁶ para casos de colusión⁷.

1.5.- Los cambios que ha experimentado la legislación chilena en defensa de la competencia han apuntado a elevar la eficacia de las instituciones involucradas en la aplicación de ésta, siendo un aspecto esencial de dicho proceso la incorporación de nuevas herramientas- como la delación compensada- con el propósito de hacer más efectiva la detección y castigo de acciones que deliberadamente apunten a reducir la competencia en los mercados o a abusar de su posición dominante. En lo que se refiere al accionar de los organismos encargados de la administración de este cuerpo legal- esencialmente el TDLC y la Fiscalía Nacional Económica- desde las reformas realizadas en el año 2003 se aprecia un mayor uso de consideraciones económicas en la

⁴ Como veremos más adelante, a través de los mecanismos que ofrece el Código Penal este tipo de sanciones quedó *de facto* presente en la legislación chilena.,

⁵ Este cambio fue de- aproximadamente- US\$9.000.000 a US\$19.000.000

⁶ Aproximadamente US\$28.000.000

⁷ En el caso de conductas unilaterales, esta multa máxima es de 20.000UTA.

identificación de los casos que son analizados por estos organismos y en el fundamento de las correspondientes sentencias, lo que ha sido destacado por organismos externos, como la OECD.

1.6.- No obstante los progresos alcanzados en la modernización de la institucionalidad de defensa de la libre competencia, quedan tareas pendientes. En especial en el ámbito del perfeccionamiento del mecanismo de la delación compensada; el sistema de sanciones; la modernización del sistema de consultas en los casos de fusiones y; en la construcción de una “doctrina” del TDLC, a través de una elaboración más detallada de los fundamentos de las decisiones del TDLC. Ello especialmente en lo que dice relación con los fundamentos económicos de éstas.

2.- SANCIONES

2.1. La legislación chilena actualmente vigente⁸ plantea diversos mecanismos a través de los cuáles se pueden reprimir las conductas que atenten contra la libre competencia. Así, junto con las sanciones que establezca el TDLC se pueden añadir las que resulten de las acciones penales y de indemnización de perjuicios, cada una de estas basadas en sus correspondientes cuerpos legales que orientan su gestión.

En el caso de las sanciones que establece el TDLC, estas corresponden esencialmente a multas y otras sanciones administrativas⁹. En el caso de las multas en dinero, el monto máximo de las mismas fue recientemente elevado por la reforma a la legislación realizada en el año 2009, quedando este en 30.000UTA¹⁰ para carteles. No obstante este reajuste en la magnitud de las sanciones monetarias, es importante hacer presente que en general este máximo no parece haber actuado como una restricción a las decisiones de los tribunales correspondientes¹¹, considerando que el promedio de las multas aplicadas por este se han mantenido sustancialmente por debajo¹² del máximo permitido por la ley¹³. No obstante, el alza en el monto de la multa máxima establecido en la reciente reforma en la legislación de defensa de la competencia realizada el año 2009 constituye una señal de los legisladores hacia los tribunales correspondientes en orden a elevar las sanciones asociadas a las conductas que contravengan dicho texto legal.

2.2.- Como se indicó, adicionalmente a las acciones que adopte el TDLC para sancionar conductas que atenten contra la competencia, el Ministerio Público – o un querellante particular- podría solicitar sanciones para los infractores, amparado en lo que señala el Código Penal en sus artículos 285, 286 y 287, los que se reproducen a continuación, dado su potencial impacto en sobre la

⁸ Una rigurosa revisión del sistema de multas vigente en Chile para conductas que busquen dañar la competencia en los mercados se encuentra en J.J.Romero (2011), "Enforcement; Sanciones y Multas en el Sistema de Libre Competencia Chileno" en *La Libre Competencia en el Bicentenario*, editado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y el Centro de Libre Competencia UC, Thomson Reuters Puntolex

⁹ Dentro de estas se incluye la modificación o término de contratos y la modificación y término de personas jurídicas.

¹⁰ El significativo incremento observado por las sanciones a conductas anti competencia es destacado por la OECD en su *Peer Review* del año 2010, el cuál muestra que el monto promedio de estas fue de US\$840.000 entre el año 2004 y el 2010, mientras que en el período 1974-2002 este alcanzó a US\$13.500.

¹¹ El TDLC y la Corte Suprema. Esta ultima como tribunal de última instancia.

¹² Ello con la excepción del denominado "caso de las farmacias". En todo caso la ratificación de esta multa se encuentra pendiente a la confirmación o rectificación por parte de la Corte Suprema. Sin embargo, aun considerando la multa propuesta por el TDLC en "el caso farmacias", la práctica habitual de dicho tribunal ha sido proponer multas sustancialmente inferiores al máximo.

¹³ De acuerdo a los antecedentes aportados por el profesor Ricardo Jungmann- miembro de esta Comisión- los montos máximos de multas aplicados por el TDLC hasta el año 2010 no superaban el 30% del máximo permitido por la ley.

estrategia de políticas públicas de defensa de la competencia y la severidad de las sanciones que se establezcan sobre conductas lesivas a ésta.

Art. 285. “Los que por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualesquiera otras cosas que fueren objeto de contratación, sufrirán penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”.

Art.286.”Cuando el fraude expresado en el artículo anterior recayere sobre mantenimientos u otros objetos de primera necesidad, además de las penas que se señalan, se impondrá la de comiso de los géneros que fueren objeto de fraude”.

Art.287.”Los que emplearen amenaza o cualquier otro medio fraudulento para alejar a los postores en una subasta pública con el fin de alterar el precio del remate, serán castigados con una multa del diez al cincuenta por ciento del valor de la cosa subastada: a no merecer mayor pena por la amenaza u otro medio ilícito que emplearen”.

De los artículos mencionados parece evidente que ciertas conductas anticompetitivas pueden, en general, ser encasilladas sin dificultades dentro del tipo de situaciones a las que se refieren los mencionados artículos. Ya sea porque representan intentos por alterar lo que podría ser interpretado como el “precio natural”¹⁴ de un cierto bien o servicio, o porque constituyen una conducta “fraudulenta”, en términos de los procedimientos utilizados para acceder a determinados beneficios o utilidades. Desde este punto de vista, es importante advertir que la legislación chilena actual incorpora en la práctica sanciones penales para las conductas lesivas a la competencia, no obstante que la administración de éstas- solicitud y establecimiento de este tipo de sanciones- se encuentra fuera del ámbito de la institucionalidad encargada de velar por el funcionamiento competitivo de los mercados, lo que plantea una serie de consecuencias que se analizan más adelante.

2.3.- La Comisión analizó rigurosamente el cuadro legal vigente en materia de sanciones a los atentados a la libre competencia- gruesamente resumidos en el punto anterior- planteándose diversas consideraciones de sus integrantes acerca del mismo. La definición del “sujeto” sobre el

¹⁴ Si bien la interpretación práctica de este concepto no es trivial, podemos asimilarlo con lo que sería el precio asociado al equilibrio competitivo en el mercado en cuestión.

cuál se aplican las sanciones en presencia de ilícitos monopólicos fue un aspecto que preocupó a la Comisión, dando origen a un debate conducente a impedir que un mismo acto diera origen a una cadena de sanciones que al amplificar el castigo a dicha conducta fuese más allá de lo contemplado en el espíritu de la ley. Con este propósito se propuso que las multas fueran aplicadas a toda autoridad pública, persona jurídica de derecho público o de derecho privado, que hubiere perpetrado un hecho, acto o convención constitutivo de infracción al DL 211. Esas multas debieran ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, sin perjuicio de eventuales responsabilidades penales, disciplinarias o civiles que procedieren contra los jefes de servicio, funcionarios, directores, administradores y personas naturales que hubiesen actuado en la realización del ilícito contrario a la libre competencia. Para el caso de personas naturales, las multas pueden aplicarse a éstas en la medida en que desarrollen actividades empresariales por sí mismas y en tanto hayan perpetrado un hecho, acto o convención constitutivo de infracción al DL 211. Por último debiera quedar a discreción del TDLC la imputación de multas de una cuantía menor al máximo legal a las personas que hubiesen actuado vinculadas a personas jurídicas infractoras de esta ley, promoviendo la realización del ilícito.

Así, parecía necesario precisar cuando la sanción se debía aplicar sobre la “persona jurídica” partícipe del ilícito; cuando correspondía aplicarla sobre “personas naturales” y; cuando sobre ambas. En particular, se recomienda el establecimiento de sanciones a las “personas jurídicas” involucradas en la elaboración o concreción de un acto que atente contra la libre competencia, a lo que se añaden sanciones para aquellas “personas naturales” que estén vinculadas con las personas jurídicas que participaron de dicho ilícito.

En la redacción propuesta aparece como un aspecto esencial la “vinculación” de una o más personas con la elaboración y/o ejecución del ilícito monopólico, lo que impide el establecimiento de asociaciones mecánicas entre éste y aquellas personas que se encuentren en determinadas posiciones o funciones dentro de la empresa involucrada. Como veremos más adelante, el mecanismo de “Delación Compensada” tiene un papel importante en la identificación de responsabilidades de aquellas personas que participaron del mencionado ilícito.

2.4.- En lo que se refiere a la sanción a aquellas personas naturales que se estime participaron activamente en la gestación del ilícito monopólico, se propone añadir al texto vigente el establecimiento de inhabilidades temporales para desempeñar ciertos cargos. En particular se propone declarar una inhabilidad, por hasta un máximo de cinco años, de personas naturales que hayan intervenido como órganos de una persona jurídica en el diseño y/o ejecución del mencionado tipo de ilícito. Corresponderá al TDLC establecer los casos en que corresponde aplicar esta sanción, en virtud de las características del ilícito monopólico y de acuerdo con el grado de participación que los diferentes involucrados tuvieron en éste.

Esta inhabilidad comprende cargos de directores en sociedades anónimas abiertas, en empresas públicas del Estado y en sociedades estatales, así como cargos directivos en toda clase de servicios y reparticiones públicas, asociaciones gremiales¹⁵ y colegios profesionales así como para desempeñar cargos ejecutivos con poder de decisión en sociedades anónimas abiertas.

2.5.- En lo que se refiere a las sanciones a las “personas jurídicas”, una idea que concitó un importante grado de coincidencia de la Comisión fue la utilización de algún indicador de escala en la determinación de la multa que establezca el TDLC de la(s) empresa(s) acusadas de ejecutar acciones en contra la competencia¹⁶. Ello debido las dificultades prácticas asociadas a la obtención de estimaciones certeras y oportunas del “daño” causado- en el sentido económico tradicional presas¹⁷.

- se recomienda adoptar la práctica existente en diversos países de fijar la multa como un porcentaje de las ventas de la empresa durante el período del ilícito, a lo que se añade un factor “disuasivo”¹⁸.

¹⁵ El texto del DL 211, hasta antes del año 2003, contemplaba una limitación similar a la que aquí se propone en materia de asociaciones gremiales.

¹⁶ Es importante distinguir entre aquellas acciones anti competitivas que aun no se materializan- “ilícitos de peligro”- con respecto a aquellas donde tales intenciones se han ejecutado (ilícito de daño). Ello por cuanto la discusión relativa al uso de variables se escala en la determinación de las multas se refiere esencialmente al segundo tipo de ilícitos.

¹⁷ En términos muy simples, este concepto de “daño” ocasionado por prácticas lesivas a la competencia se puede asociar con una expresión como la siguiente:

$$\text{Daño} = \sum_{t=0}^T (P_{xt} - CMg_{xt})X$$
 Donde P_x es el precio cobrado por la empresa y CMg_{xt} indica el costo marginal de producción. Ello para un cierto período T durante el cuál la empresa ejerció su poder monopólico.

¹⁸ En estas economías la legislación se ha planteado como referencia el establecimiento de multas en torno a 2 y tres veces el “daño” ocasionado a la competencia. Al respecto véase. “An Antitrust Primer for Federal Law Enforcement Personnel”, Department of Justice 2005. Disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/209114.pdf>

Cabe mencionar que otras economías han adoptado una práctica de esta naturaleza. Así, en la Comunidad Europea, las multas corporativas se fijan como un porcentaje de las ventas anuales de las empresas acusadas, teniendo éste monto como límite un 30% de las mismas. En el caso de los EEUU la legislación es menos explícita con respecto al criterio de determinación de las multas corporativas, aunque en general este corresponde a magnitudes cercanas a un 20% de las ventas de la empresa¹⁹. Cabe añadir que en ambos casos el criterio de fijación del porcentaje de las ventas busca reproducir un esquema en que la sanción se sitúa en un rango entre 2 y 3 veces las utilidades derivadas de las prácticas no competitivas.

2.6.- Si bien no parece prudente establecer reglas mecánicas que vinculen determinadas situaciones de atentado a la libre competencia con un determinado porcentaje de las ventas de la empresa infractora para establecer la multa a aplicar, a juicio de la Comisión sería recomendable ir estableciendo en los fallos del TDLC una relación entre ambas variables- con la calificaciones propias de cada caso²⁰- de modo de dar señales más claras a la comunidad acerca de los criterios que utiliza para establecer las sanciones en los casos en que ello corresponda²¹. Ello no sólo da una mayor predictibilidad a las decisiones de un órgano tan importante para el funcionamiento de una economía de mercado, como es el TDLC, sino que además contribuye una mayor consistencia en el tiempo de sus decisiones, no obstante los cambios que pudiera experimentar en términos de las personas que lo integran²².

La consideraciones anteriores no son incompatibles con el establecimiento en la ley correspondiente de un determinado monto máximo para las multas, establecido en alguna unidad de cuenta reajutable. Ello se justificaría- esencialmente- en consideraciones de práctica jurídica,

¹⁹Beryl A. Howell, "Sentencing of antitrust offenders: what does the data show?", disponible en [http://www.usssc.gov/About the Commission/About the Commissioners/Selected Articles/Howell Review of Antitrust Sentencing Data.pdf](http://www.usssc.gov/About%20the%20Commission/About%20the%20Commissioners/Selected%20Articles/Howell%20Review%20of%20Antitrust%20Sentencing%20Data.pdf)

²⁰ Parece razonable conservar las consideraciones que establece la actual ley en cuanto a graduar la sanción a determinadas prácticas lesivas a la competencia en función de "la calidad de reincidente del infractor y la colaboración que este hubiese prestado a la Fiscalía antes y durante la investigación."

²¹De acuerdo a la OECD(2010), el progresivo uso de consideraciones económicas en las decisiones del TDLC no ha logrado traducirse en señales claras al mercado acerca de cuáles son las reglas de decisión del mismo. Más allá de las reacciones que dicha aseveración pudiera originar, es claro que la adopción de reglas implícitas como la enunciada ayudarían a dar más predictibilidad a los agentes económicos con respecto a las consecuencias esperadas de determinadas acciones. Al respecto véase OECD op.cit.p.13.

²² El informe preparado por el Colegio de Abogados coincide en señalar la existencia de un grado relevante de incertidumbre jurídica con respecto a la forma en que se determinan las multas por parte del TDLC. Por otro lado, en F. Agüero y S. Montt (2012) se destacan los progresos alcanzados por la institucionalidad de defensa de la competencia en transparentar el proceso de tramitación de las diferentes causas de denuncia de conductas anti competitivas, aunque coinciden en cuanto a que subsisten tareas pendientes en este ámbito. Al respecto véase F.Aguero y S.Montt, "Chile. The Competition Norms System and the Country Norms" en *Process, procedure and design of competition law institutions: global norms, local choices*. Eleanor Fox y Michael Trebilcock (eds.) Oxford University Press.

en cuanto a la necesidad de dejar determinados en la Ley el monto máximo de la multa asociado a determinado tipo de conducta reñida con las prácticas de la libre competencia.

2.7.- El establecimiento de un sistema de multas del tipo señalado permitiría dar una estructura formal a éstas, en términos del establecimiento de un criterio de proporcionalidad que parece acorde con criterios de eficiencia y justicia²³. Si bien parece razonable suponer que un criterio de esta naturaleza ha estado implícito en el accionar del TDLC, su explicitación ayudaría a lograr una mayor claridad y coherencia en el tiempo de las resoluciones que en este plano se apliquen. Al respecto es importante mencionar que el *Peer Review* elaborado por la OECD (2010), advierte una cierta impredecibilidad en las sentencias del TDLC, derivado de una “aplicación flexible”²⁴ de los principios económicos, cuestionamiento que se podría resolver satisfactoriamente a través de una elaboración más explícita de las consideraciones y reglas detrás del establecimiento de las multas. En esta tarea la utilización habitual de reglas del tipo mencionado para el establecimiento de las sanciones, sería un aporte al logro de dicho objetivo.

2.8.-Un aspecto que mereció un mayor debate en la Comisión se refirió a la eventual configuración de mecanismos paralelos de sanción a las conductas que atenten contra la libre competencia. Como se indicó, estas se refieren a las que emprende el Fiscal Nacional Económico (FNE) y resuelve el TDLC y; las que puede llevar a cabo el Ministerio Público, al amparo de los mencionados artículos del Código Penal²⁵. La eventual participación del Ministerio Público en este ámbito, al amparo de los artículos 285,286 y 287 del Código Penal antes mencionados, en la persecución y sanción de prácticas anti competencia, promovió un exhaustivo análisis y debate en la Comisión. En particular, por las consecuencias que ocasiona sobre el marco institucional de defensa de la competencia la participación simultánea de los organismos especializados²⁶ y el Ministerio Público. Una consecuencia relevante de este orden institucional es la presencia de hecho de sanciones penales para los ilícitos contra la competencia.

²³ Ello en cuanto a que las empresas recibirían multas proporcionales a la magnitud de los beneficios obtenidos a través de prácticas lesivas a la competencia.

²⁴ Competition Law and Policy in Chile,–*Accession Review*, OECD (2010).

²⁵ Adicionalmente es posible que el Sernac o grupos de consumidores persigan algún tipo de reparación tras la identificación de prácticas monopólicas. Debe recordarse que el sistema jurídico chileno establece la legitimidad de las acciones de particulares en materia de competencia, ante el TDLC, como también lo referido en materia de defensa de los intereses de los consumidores. Situación análoga ocurre en materia de procedimiento penal, en la cuál tanto el Ministerio Público como las víctimas pueden querellarse contra quienes hayan infringido los artículos del Código Penal antes citados.

²⁶ El TDLC y la FNE.

Si bien los méritos e inconvenientes del establecimiento de sanciones penales constituyen un tema en sí mismo, el que abordamos a continuación, se produjo un importante grado de coincidencia entre los miembros de la Comisión en cuanto a la conveniencia de derogar – o modificar- los mencionados artículos del Código Penal. Ello de modo de excluir de este ámbito los temas de libre competencia, para los que se ha diseñado un conjunto de organismos especializados, de un modo acorde con la complejidad de los problemas y situaciones que caen en dicha esfera. Adicionalmente, los conceptos que utilizan los artículos mencionados del Código Penal son imprecisos en términos de su contrapartida económica, lo que plantea un riesgo considerable de uso inadecuado de los mismos.

2.9.-El establecimiento de sanciones de tipo penal para las prácticas anticompetitivas es un tema controvertido. Así, mientras en los Estados Unidos estas se encuentran presentes en la legislación por muchos años, la Unión Europea ha prescindido de ellas²⁷, concentrando su accionar en la aplicación de sanciones económicas y administrativas.

Los argumentos esgrimidos a favor de su adopción formal por la legislación de defensa de la competencia en Chile – en particular en lo que se refiere a acciones de “colusión”- apuntan a la necesidad de manifestar clara y expresamente el rechazo del legislador hacia aquellas prácticas lesivas a dicho objetivo. En especial aquellas referidas a la colusión. Desde este punto de vista, la ausencia de dicha penalidad, que sí está presente en las infracciones severas a la Ley de Bancos, Ley de Valores y en la Legislación Tributaria, podría interpretarse como un cierto menoscabo hacia el compromiso de sancionar los abusos monopólicos con respecto a otras prácticas económicas indeseables.

Algunos integrantes de la Comisión justificaron la existencia de sanciones penales para las prácticas anti competitivas por considerar que las multas y sanciones administrativas no constituyen un disuasivo eficaz, resultado que sólo podría lograr la amenaza de una potencial pérdida de libertad. Más aun, se sostuvo que el riesgo de privación de libertad permitiría potenciar la eficacia del mecanismo de “delación compensada” como herramienta para desarticular prácticas de colusión. En todo caso, la alternativa de establecer sanciones penales deberían estar

²⁷ Salvo en algunas legislaciones individuales.

circunscrita a actos de colusión exclusivamente, reemplazando los artículos del Código Penal antes referidos.

2.10.- Al revisar la literatura acerca de los efectos del establecimiento de sanciones penales para castigar prácticas de colusión, se encuentra que sus impulsores²⁸ sostienen que las multas no son suficientes para detener la colusión y que hay poco riesgo de exagerar con las medidas disuasivas. Más aun, se argumenta que la probabilidad de castigar una firma inocente es muy baja, dado el tipo de evidencia requerida para el establecimiento de una pena corporal. También se citaron los planteamientos de Hammond²⁹, quién sostiene que la herramienta más poderosa de detección de carteles en los Estados Unidos es la presencia de sanciones penales, dado que permiten fortalecer la efectividad de la Delación Compensada. Para Hammond este tipo de sanciones adquieren importancia considerando que- a su juicio- los individuos inculpados de ilícitos monopólicos habitualmente no pagan con recursos propios las sanciones que pudiera establecer el tribunal.

2.11.- Por otro lado, otros miembros de la Comisión rechazaron la incorporación explícita de las sanciones penales dentro del ámbito de la legislación de defensa de la competencia. Dicha postura se fundamentó en la reciente revisión y perfeccionamiento de un marco institucional que busca dejar el análisis y evaluación de aquellas situaciones relacionadas con la competencia en tribunales especializados³⁰. Para fortalecer dicho marco institucional: se elevaron considerablemente las multas aplicadas a conductas anticompetitivas; se entregaron nuevas herramientas a la FNE en su búsqueda de evidencia para establecer la existencia de situaciones de atentado a la competencia; se elevó la dedicación del TDLC y la cantidad de recursos disponibles a la Fiscalía Nacional Económica. Desde esta perspectiva, se consideró por estos miembros de la Comisión inconveniente la realización de ajustes relevantes en el marco institucional vigente, el que no sólo se encuentra en proceso de consolidación, sino que parece estar funcionando adecuadamente.

²⁸ Por ejemplo véase J. Harrington (2010) *Comments on Antitrust Sanctions* <http://www.econ2.jhu.edu/People/Harrington/cpi10.pdf>

²⁹ Scott D. Hammond (2005), "Optimal Sanctions, Optimal Deterrence", Deputy Assistant Attorney General for Criminal Enforcement Antitrust Division U.S. Department of Justice. ICN Annual Conference, Bonn, Germany, June.

³⁰ Esta postura ha sido defendida públicamente por el actual presidente del TDLC, Tomás Menchaca. Al respecto véase la entrevista aparecida en el Diario Financiero el día 23 de marzo del 2012.

2.12.- De acuerdo con esta línea de argumentación, sería desaconsejable la utilización de los artículos n°285, n°286 y n°287 del Código Penal o la inclusión explícita de sanciones penales para investigar y juzgar casos de amenaza a la competencia, puesto que ello dejaría la tramitación y sentencia de los mismos en un ámbito correspondiente a tribunales no especializados, resultado opuesto al buscado con las reformas del año 2003 a la legislación de defensa de la competencia. De hecho, el establecimiento de sanciones penales, de un modo explícito en la legislación de defensa de la competencia, o la utilización frecuente de los mencionados artículos del Derecho Penal para investigar prácticas anti competencia, no sólo llevaría a una participación protagónica el Ministerio Público en un ámbito para el cuál existen tribunales especializados, sino que además, se genera una compleja figura jurídica, con posibles investigaciones paralelas y fallos que no necesariamente estarán coordinados.

Como se indicó anteriormente, una consecuencia relevante de este tipo de ordenamiento jurídico es la pérdida de efectividad que se impone sobre el mecanismo de Delación Compensada, por cuanto este no involucra al Ministerio Público o a un querellante en particular, quién podría sostener un requerimiento de sanciones penales sobre individuos que hubiesen realizado algún acuerdo- en el marco de dicho mecanismo- con la FNE.

Otra razón esgrimida para rechazar el establecimiento formal de sanciones penales en la Legislación de Defensa de la Competencia fue una consideración de “proporcionalidad”. Ello en tanto las sanciones monetarias fueron revisadas significativamente al alza el año 2009, lo que en el evento que se añadieran sanciones de tipo penal llevaría a un alza excesiva en las sanciones a los delitos de atentado a la competencia, con respecto al nivel y estructura de las sanciones establecidas en la legislación chilena para los delitos económicos.

2.13.- Cualesquiera sea la estrategia que se adopte finalmente en materia de sanciones en los casos de prácticas anti competencia, a juicio de la Comisión es esencial que el marco institucional sea compatible con éstas, de modo que si opta por consolidar el actual esquema institucional- que no contempla sanciones penales en la legislación relativa a la competencia³¹- lo razonable sería excluir de éste ámbito los artículos mencionados del Código Penal. Por el contrario, si se opta por

³¹ Como se indicó, la eventual aplicación de sanciones penales a acciones lesivas a la competencia está presente de hecho, a través de los mecanismos que provee el Código Penal.

establecer sanciones de tipo penal, de un modo explícito, sería necesario buscar fórmulas que impidan el desarrollo de investigaciones paralelas, con el riesgo de sentencias que en algún grado relevante sean contradictorias. Así, se plantea en este caso la necesidad de buscar algún mecanismo para que sea la FNE quién impulse las investigaciones correspondientes y solicite sanciones en los casos en que ello corresponda. A juicio de algunos abogados de la Comisión este escenario plantea una serie de dificultades relevantes, dado la forma en que se encuentra construido el sistema judicial chileno.

2.14.- Un aspecto que dificulta la tramitación de los casos relacionados con sospechas de amenaza a las prácticas de la libre competencia se refiere a la ausencia de incentivos adecuados para las partes involucradas en materia de entrega de antecedentes a la investigación. Así, de acuerdo a lo informado por las autoridades correspondientes, no es inusual la entrega inoportuna de la información solicitada y/o con errores. Por este motivo se recomienda el establecimiento de multas para aquellas personas – que actuando individualmente o en representación de una persona jurídica- no entreguen información oportuna y fidedigna, de acuerdo a los requerimientos de la FNE para el desarrollo de las investigaciones correspondientes. Del mismo modo, debiera estar presente alguna disposición que sancione severamente a quienes de alguna forma obstruyan de un modo deliberado el trabajo de investigación que realiza la FNE. Desde luego, este requerimiento debe estar acompañado de algún tipo de mecanismo que permita al afectado recurrir al TDLC cuando no le sea posible – por razones justificadas- entregar la información requerida en los términos solicitados y/o en los plazos establecidos.

3.- PERFECCIONAMIENTO DEL MECANISMO DE DELACIÓN COMPENSADA

3.1.- La Delación Compensada se ha transformado en la principal arma con la que muchos países desarrollados enfrentan casos atentatorios a la Libre Competencia. En particular, aquellos referidos a situaciones de colusión. No obstante, la evidencia es contundente en mostrar que la efectividad de este instrumento depende críticamente de la forma en que sea diseñado³², aspecto en el que existe un margen importante para introducir mejoras en la legislación chilena actual.

Cabe señalar al respecto que tanto en los Estados Unidos como en la Unión Europea, el establecimiento de un esquema de delación compensado mostró inicialmente una baja efectividad, situación que cambió drásticamente tras el establecimiento de reformas que precisaron las condiciones y beneficios de quienes se acojan a éste para denunciar cuadros de colusión. Así, tras las reformas al funcionamiento del mencionado mecanismo implementadas en 1996 en los Estados Unidos y en el 2002 en la Unión Europea, se logró elevar considerablemente la eficacia de este mecanismo, a través de la entrega de una mayor certidumbre acerca de las condiciones asociadas a éste, para quienes estaban dispuestos a aportar información para desarticular carteles.

Para ilustrar la dimensión del cambio ocurrido en la efectividad del mecanismo de delación compensada en las economías mencionadas, cabe mencionar que antes de la reforma introducida en los Estados Unidos el año 1996 se denunciaba a través de este mecanismo un cartel al año. Tras la reforma las denuncias se elevaron a tres al mes³³. Otro efecto del establecimiento de reglas más claras y transparentes en la aplicación del mecanismo de delación compensada fue un aumento considerable del porcentaje de delatores que obtuvo inmunidad total, tasa que aumento de niveles del orden de 20% a cerca de un 70%.

3.2.- La Delación Compensada como tal se introdujo en Chile junto a otras reformas que protegen la Libre Competencia el año 2009. Su diseño parece muy similar al de países desarrollados que vienen implementándola hace tiempo como política efectiva para dismantelar carteles y disuadir

³² Spagnolo (2006). Leniency and "Wistleblowers in Antitrust". *Handbook of Antitrust Economics*. MIT Press

³³ Spagnolo (2006)

su formación. Se le ofrece inmunidad total al primer delator que se acerque a la FNE previo inicio de cualquier investigación, entregando información útil y veraz que le permita a la FNE contar con toda la información necesaria. En el caso que una segunda firma se acerque a la FNE, con la intención a delatar el ilícito antes de que se produjese la acusación, podría optar con un descuento de la sanción de hasta un 50%³⁴, a criterio de la FNE, en caso que entregue antecedentes adicionales a los presentados por quién lo hizo en primer lugar usando este mecanismo³⁵.

3.3.- La Comisión observa -de manera unánime- que el principal problema que posee el programa en Chile y su poca efectividad desde su implementación, proviene del hecho de que no provee de inmunidad penal efectiva para las personas que se acerquen a la FNE a delatar el cartel, luego la única inmunidad que podrían optar es la de no recibir multas por este hecho. Ello debido a la existencia de canales independientes de intervención de las instituciones públicas sobre acciones estimadas como atentatorias a la libre competencia, los que han sido expuestos en los párrafos previos. Como se indicó, estas pueden ser emprendidas por la FNE y por el Ministerio Público, lo que en el caso de esta segunda vía incluye la posibilidad de sanciones penales. Como es obvio, esta situación ha desincentivado su uso en la práctica.

El aprovechamiento de la Delación Compensada en la detección de carteles requiere resolver los obstáculos que actualmente encuentra en la legislación chilena. En particular, en lo que se refiere a la amenaza de sanciones penales- no involucradas al proceso de acuerdo que pudiera realizar un individuo partícipe en ilícitos a la competencia con el FNE- lo que hace necesario elaborar algún marco jurídico que entregue inmunidad a quienes se delaten y lleguen a un acuerdo de “delación compensada” ante la FNE.

3.5.- Con el fin de lograr una mayor contribución del mecanismo de Delación Compensada a la detección de carteles, parece aconsejable un mayor esfuerzo de divulgación de la guía elaborada por la FNE el año 2009 acerca de los procedimientos que acompañan el uso de éste.

³⁴ La forma en que se aplica la rebaja de sanciones los Estados Unidos, La Unión Europea y en Japón, dependiendo si es el primer cooperador con la investigación, el segundo o el tercero, se muestra en el Anexo 1 a este documento.

³⁵ La aplicación de este esquema en Chile parece de un alcance limitado, como lo evidencian los sólo dos casos en que ha sido utilizada. El primero relativo a un cartel internacional, casos en los cuáles la solicitud de clemencia es una práctica internacional que se utiliza en cada país en que existe un régimen de delación compensada. El segundo caso, único respecto a un cartel exclusivo de Chile, fue respecto a empresas que ofrecían transporte interurbano de pasajeros.

4.- SISTEMA DE CONSULTAS PARA CASOS DE FUSIONES

4.1.- Las fusiones de empresas son una práctica normal y habitual en una economía de mercado. Con frecuencia estas apuntan a aprovechar economías de escala, las que permitirían sostener mayores volúmenes de producción con una caída relevante en los costos medios de producción. Por otro lado, en una economía pequeña como la chilena, los acuerdos de fusión entre empresas nacionales puede ser la estrategia más efectiva para materializar inversiones en el exterior, que permitan competir adecuadamente en otros mercados.

Sin embargo, existe el riesgo de que las fusiones se transformen en un mecanismo para alcanzar una posición dominante por parte de la nueva empresa, lo que podría llevar a la adopción de prácticas monopólicas por parte de ésta. También la reducción en el número de oferentes en un cierto mercado podría resultar en un debilitamiento de la competencia, impulsando a las empresas a elevar sus precios. Dado ello, en general la legislación de defensa de la competencia – en diferentes países- se ha preocupado de establecer ciertos procedimientos que impidan que el proceso de fusiones se transforme en un paso hacia posiciones dominantes de una empresa en cierto mercado. La forma en que se ha abordado esta práctica- “preventiva”- ha variado de país en país y en general apunta a conciliar la agilidad que requiere el mundo de los negocios con una saludable prudencia de los organismos de defensa de la competencia para anticipar situaciones complejas, desde dicho ámbito³⁶.

Así, mientras en economías como las de Estados Unidos, Japón y la Unión Europea, existe un mecanismo que establece la obligatoriedad³⁷ de notificar aquellas fusiones en las que el monto involucrado en la transacción supere un cierto umbral³⁸, en otros, como el Reino Unido, el procedimiento de consulta es voluntario, mientras que en algunos países, como Australia, Singapur y Nueva Zelandia, la notificación de la fusión a los organismos de defensa de la competencia es semi-voluntaria. En efecto, en el caso de Australia, se definió un manual basado

³⁶ Un marco analítico para el estudio de este tipo de situaciones se encuentra en A. González y D. Benítez (2009), “Optimal Pre-Merger Notifications Mechanisms. Incentives and Efficiency of Mandatory and Voluntary Schemes”, *Policy Research Working Paper 4936*, The World Bank.

³⁷ Hart-Scott-Rodino Act (1976).

³⁸ Se establece una notificación obligatoria para las transacciones por sobre US\$260,7 millones, mientras que para aquellas entre US\$260,7 millones y US\$63,4 millones, la obligación de notificar depende del valor de los activos de las empresas que se fusionan.

en las recomendaciones de la OECD³⁹, que busca establecer “el impacto competitivo” de aquellas transacciones y normas que inciden sobre el funcionamiento de los mercados. Ello a través de un conjunto de preguntas que definen las condiciones que podrían provocar una amenaza a la competencia como resultado de una operación de fusión. Así, en aquellos casos donde la transacción cae dentro de la categoría de riesgosa- en términos de su impacto sobre la competencia en los mercados relevantes- cabría realizar un proceso de consulta en las entidades a cargo de cautelar por la competencia en los mercados⁴⁰.

4.2.- En nuestro país⁴¹ las empresas interesadas en desarrollar un proceso de fusión no están legalmente obligadas a consultar acerca de la viabilidad de dicha operación ante el TDLC, no obstante lo cual, asumen el riesgo de que en el desarrollo de ésta la FNE o un tercero con un interés legítimo realice una consulta al mencionado tribunal. Ello provoca la paralización inmediata⁴² de la operación consultada⁴³ hasta que el mismo TDLC y la Corte Suprema resuelvan acerca de dicha fusión representa una amenaza a la competencia, con los consecuentes costos que ello involucra para sus impulsores. Por otro lado, la evidencia indica que el procedimiento de consulta puede tomar un tiempo considerable- alrededor de un año⁴⁴- lo que parece excesivo.

Por último, este mecanismo de consultas- que en su origen el DL211 visualizó como un procedimiento no contencioso- puede una vez iniciado verse prolongado, dando más incertidumbre a sus resultados finales, cuando la consulta al TDLC proviene de la acción de “terceros con un interés legítimo”, entre los cuales puede haber personas o empresas con intereses distintos a la preservación de un ambiente de competencia en los mercados sobre los que se producirá el efecto de la fusión.

³⁹ “Competition Assessment Toolkit”, OECD (2007).

⁴⁰ Cabe mencionar que en el caso del Reino Unido se establecen sanciones para aquellas empresas partícipes de una fusión que debiendo realizar una consulta a los organismos correspondientes- dado los parámetros establecidos- no lo hagan.

⁴¹ Una interesante discusión acerca de los diseños institucionales para efectos del control de fusiones se encuentra en N.Nehme y B.Mordoj (2012), “Diseños institucionales de control de concentraciones: análisis y propuestas”, *Estudios Públicos* N°125, Verano.

⁴² Medida cautelar automática.

⁴³ Ello como consecuencia de un reglamento interno- auto acordado- del TDLC.

⁴⁴ Este antecedente se encuentra en el informe elaborado por el Colegio de Abogados como aporte al trabajo de esta Comisión. P.9. Al respecto véase *Informe Comisión de Libre Competencia del Colegio de Abogados*, Mayo 2012.

Se estima que nuestro sistema actual de control de fusiones presenta una serie de deficiencias, relacionadas principalmente con la falta de certeza de las empresas involucradas, acerca de las etapas y plazos a cumplir para que la operación sea aprobada. En caso de una consulta voluntaria, no hay pronunciamientos previos respecto a determinadas materias de la operación. En caso de acordar medidas de mitigación con la FNE, no hay certidumbre que el alcance de las medidas acordadas sea aceptado por el TDLC. Incluso, si hay acuerdo con la FNE, la operación queda expuesta a que terceras partes, que posean un interés legítimo en la misma, actúen de modo oportunista, deteniendo la fusión. Finalmente, la evidencia nos indica que las fusiones revisadas por los organismos de libre competencia pueden tomar en promedio cercano a ocho meses hasta el pronunciamiento del TDLC, a lo cual hay que sumar entre cuatro y seis meses más en la Corte Suprema, en caso que exista apelación.⁴⁵

Dado las consideraciones expuestas, parece necesario revisar el tratamiento de las operaciones de fusión por parte de los organismos de defensa de la competencia. Ello de modo de conciliar una prudente contención de las amenazas a la libre competencia con la agilidad necesaria para el desenvolvimiento del mundo de los negocios.

4.3.- Al revisar la experiencia internacional y la literatura relevante al tema, no se detecta un consenso en cuanto a la forma en que deben ser tratadas las operaciones de fusión. Así, mientras la obligación de notificar éstas contribuye a dar una mayor certeza a las empresas en cuanto a que el proyecto en desarrollo es visto por las autoridades correspondientes como coherente con la competencia en los mercados en cuestión. No obstante, la adopción de un criterio de “obligatoriedad” de la consulta en la totalidad de las operaciones de fusión, llevará a una importante demanda de recursos de los organismos a cargo de administrar este procedimiento, lo que en la gran mayoría de los casos sería injustificado⁴⁶.

Por otro lado, un sistema “voluntario” de consultas tendría el mérito de economizar recursos, al tiempo que acudirán a éste sólo aquellas operaciones que por su magnitud – ya sea en términos de los recursos involucrados, la participación de la oferta de un cierto mercado que se configura, u

⁴⁵ Ver N.Nehme y B.Mordoj (2012) informe elaborado por el Colegio de Abogados como aporte al trabajo de esta Comisión. P.9. Al respecto véase *Informe Comisión de Libre Competencia del Colegio de Abogados*, Mayo 2012

⁴⁶ De acuerdo a los antecedentes que se entregan en el mencionado Informe del Colegio de Abogados, el porcentaje de casos de fusión que no superan un mecanismo semiautomático de aprobación en los esquemas de consulta obligatoria es muy bajo, situándose en torno a 4%. De este porcentaje un número importante de operaciones fue aprobado- con alguna enmienda- en una etapa posterior.

otro criterio- pudieran representar un riesgo potencial a la competencia. Sin embargo, un sistema completamente “voluntario” de consultas presenta una serie de inconvenientes. En primer lugar, la decisión de la FNE de realizar una consulta acerca de la operación en desarrollo al TDLC la paraliza automáticamente, lo que haría aconsejable el establecimiento de algún sistema de consultas previas. En segundo lugar, existe la posibilidad que sean terceras partes, que reclamando un “interés legítimo” en la operación, paralicen esta de un modo sorpresivo. Por último, existe la posibilidad que procesos de fusión de alto impacto en la economía- por el volumen de recursos involucrados en el proceso- no encuentren un camino claro y preciso para disipar las dudas de los inversionistas con respecto a la visión que tienen los organismos de defensa de la competencia con respecto a esta operación, y más tarde deban paralizar o detener el proyecto.

4.4.- Proponemos un sistema donde la consulta se hace obligatoria si la fusión se encuentra por sobre indicadores que sirven para advertir que la operación podría contribuir a una estructura de mercado potencialmente no competitiva, a la luz de ciertos indicadores (“umbrales”) establecidos por la autoridad.

El establecimiento de este sistema – que podemos calificar como un “sistema mixto” - se basa en separar aquellas operaciones que superen un cierto “umbral”- entendido este como un indicador de riesgo de amenaza a la competencia- las que deberán someterse a un procedimiento de notificación ante la FNE, de aquellas empresas cuya operación quede por debajo del umbral, las no deberán someterse a procedimiento alguno de revisión. Estas empresas podrían someterse voluntariamente al examen de fusiones de la FNE, para obtener una mayor certeza jurídica respecto a eventuales cuestionamientos con respecto a una potencial amenaza a la libre competencia de ésta.

Con respecto a las operaciones que deben someterse a la revisión de la FNE, se debiera establecer un conjunto etapas y plazos que permitan a la agencia dar una rápida tramitación a los casos que no presentan riesgo competitivo y analizar en más detalle, aquellos que sí poseen una mayor complejidad. En una primera etapa, con un plazo no superior a 30 días, la FNE debiera resolver si aprueba la operación sin condiciones o bien requiere de antecedentes adicionales para examinar en mayor profundidad la operación. Luego, en una segunda etapa, la FNE podría aprobar la

operación con o sin medidas de mitigación o bien rechazar la operación.⁴⁷ En ambos casos, la decisión debe ser sometida a consentimiento del TDLC. En el caso de las mitigaciones acordadas, éstas debieran ser aprobadas por el TDLC en un procedimiento no superior a 15 días.⁴⁸ Por su parte, las operaciones notificadas y aprobadas por la FNE en la primera etapa, no debieran ser objeto de recurso por parte alguna ante el TDLC. En el marco del esquema expuesto, la participación de terceros con interés legítimo en la operación, debería manifestarse en la entrega de antecedentes a la FNE durante el período de análisis de la operación.⁴⁹

A modo de comparación se presentan en el cuadro a continuación, los períodos que toman estos procesos en otros países:

Períodos de Revisión de Fusiones

Jurisdicción	Primera Fase de Revisión	Segunda Fase de Revisión
Reino Unido	40 días administrativos como tiempo límite	24 semanas (extensible en 8 más)
Unión Europea	25-35 días hábiles	90-125 días hábiles
Francia	25 días hábiles	65 días
Alemania	1 mes	4 meses (incluyendo la Primera Fase)
Nueva Zelanda	Entre 40 y 60 días hábiles	-
España	Entre 1 mes y 1 mes y 10 días hábiles	2 meses y 2 meses y 15 días hábiles
Estados Unidos	15-30 días	No hay un período fijo

Fuente: A Competition Regime for Growth: A Consultation on Options to Reform. Department of Business Innovations and Skills, UK (2012)

⁴⁷ La experiencia comparada indica que este segundo plazo varía entre dos y siete meses. En el anexo se presenta un cuadro con los plazos de la segunda fase de revisión en distintas jurisdicciones.

⁴⁸ Siguiendo el modelo previsto en el Art. N°39, letra ñ del DL211.

⁴⁹ Ello supone que transcurridos los primeros treinta días desde la presentación del proyecto de fusión a la FNE, esta entidad debería informar en su sitio web que la operación ha sido aprobada o se encuentra en estudio, lo que conlleva una invitación a aportar antecedentes por parte de quienes lo deseen.

En el marco del esquema gruesamente expuesto, la participación de los terceros “con interés legítimo” debería manifestarse en la entrega de antecedentes a la FNE durante el período de análisis de la operación⁵⁰.

4.5.- Como se indicó, la implementación del sistema mixto requiere establecer los “umbrales” que definen los procedimientos que regulan las diferentes operaciones de fusión. En la práctica las economías que utilizan este esquema han adoptado algún indicador relacionado con el volumen de recursos envueltos en la operación, como sería el valor total de la transacción o el de los activos de la nueva empresa. Un camino alternativo consiste en definir el umbral en términos del porcentaje de la oferta que pasaría a controlar la nueva empresa en los mercados de los que participa.

Desde luego, el segundo criterio tiene un mayor sentido económico, puesto que el volumen de recursos que moviliza una cierta operación de fusión puede tener consecuencias muy distintas dependiendo del mercado en el que se realice dicha operación. Sin embargo, el inconveniente de emplear las participaciones de mercado como indicador para determinar la obligación de consulta radica en las dificultades asociadas a definir ésta de un modo preciso. Ello por cuanto lo que se denomina como “la participación de mercado” de una firma se hace complejo de establecer cuando esta ofrece una serie de productos, lo que dificulta establecer lo que sería “el mercado relevante”⁵¹. La identificación de éste no es trivial. Si bien existe abundante literatura en la que se proponen metodologías para establecer dicho indicador, en la práctica esta tarea es compleja y no exenta de controversias. Por esta razón, se recomienda el uso de umbrales basados en la magnitud de las operaciones de fusión, ya sea medido por los activos o ventas de las empresas partícipes, indicadores que resulta sencillo obtener en los balances auditados de las empresas.

⁵⁰ Ello supone que transcurridos los primeros treinta días desde la presentación del proyecto de fusión a la FNE, esta entidad debería informar e su sitio web que la operación ha sido aprobada o se encuentra en estudio, lo que conlleva una invitación a aportar antecedentes por parte de quienes lo deseen.

⁵¹ Así por ejemplo, cuando se trata de fusiones de bancos, no es trivial establecer la participación de mercado a la que podría llevar la fusión de dos bancos, considerando que esta industria involucra varios sub-mercados. (crédito de consumo, hipotecario, empresas, comercio exterior, etc.). En el caso de las bebidas- por mencionar otro ejemplo- cabría preguntarse si el mercado relevante se circunscribe a las bebidas de fantasía o debe incluir también los jugos?¿Tal vez la leche con sabor?.

Cabe hacer presente que la *International Competition Network* propone⁵² que el mecanismo para determinar el umbral para las notificaciones de fusiones debe obedecer criterios claros y cuantificables, que no se presten en ningún sentido a malinterpretaciones. Luego recomienda que se use el volumen del negocio, ya sea medido en los activos o en las ventas como criterio objetivo. Como ejemplos de criterios que no son fácilmente cuantificables (y por lo tanto no sería recomendable usar) son las participaciones de mercado o efectos potenciales de la transacción. Sin duda estos criterios serán importantes de estudiar por parte de la autoridad en fases posteriores.

⁵² Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures, *International Competition Network (2005)*

5.- OTROS COMENTARIOS

5.1.- Si bien el análisis de la eficacia y transparencia de los procesos que gestionan los organismos de defensa de la competencia no constituyó un aspecto central del trabajo de la Comisión, nos parece oportuno formular algunos comentarios al respecto.

5.2.- En consideración a que las investigaciones que realiza la FNE no se rigen por un sistema o método que contenga etapas ni plazos definidos, que permitan el conocimiento, contenido y fundamentos de las decisiones que se adopten en ellas, se sugiere que se establezca expresamente que, a falta de un procedimiento especial, las investigaciones que efectúe la FNE deberán regirse, supletoriamente por la Ley N° 19.880, cuerpo legal que estableció las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado⁵³.

5.3.- Se propone modificar el Decreto Ley N° 211, en el sentido de incorporar un plazo máximo de duración de los procedimientos investigativos que desarrolle la FNE, es decir, que la investigación no podrá exceder de un determinado número de meses desde su iniciación hasta que se emita la decisión final⁵⁴. Similar proposición se hace respecto de las denuncias que se efectúen a la FNE y su período de análisis, es decir, que el análisis de la denuncia formulada a la Fiscalía no podrá exceder de un plazo máximo de, por ejemplo, 60 días. De este modo, si la FNE paraliza una investigación, en el sentido de no realizar ninguna actividad en la misma, producirá su término o extinción. Dichos plazos podrían ser extendidos por el TDLC, por razones fundadas y por un período máximo a determinar en la misma ley.

⁵³ Este ha sido un criterio jurisprudencial expuesto aisladamente por la Contraloría General de la República en su Dictamen N°39348/2007. También en F. Agüero y L.F. Toro, "Límites a la potestad inspectora de la Administración: el caso de la Fiscalía Nacional Económica", Revista de Derecho Económico, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, (2010).

⁵⁴ Sobre los plazos de duración de los procesos también véase Nehme y Mordoj (2012). Op.cit.

ANEXO 1

ILUSTRACIÓN DE LA ESCALA DE MULTAS EN EL SISTEMA DE DELACIÓN COMPENSACIÓN

a).- Antes de que comience la Investigación

	EE.UU.	Comisión Europea	Japón
Primera	100%	100%	100%
Segunda	*	30%-50%	50%
Tercera	*	20%-30%	30%
Cuarta o siguientes	*	0%-20%	0%

* Decisión del Juez según las características del caso

b).- Después de que se inició la investigación

	EE.UU.	Comisión Europea	Japón
Primera	100%	30%-100%	30%
Segunda	*	20%-30%	30%
Tercera	*	0%-20%	30%
Cuarta o siguientes	*	0%-20%	0%

Fuente: J. Harrington (2006) Corporate Leniency Programs and the Role of the Antitrust Authority in Detecting Collusion

ANEXO 2

SESIONES REALIZADAS

1ª. 19 de diciembre de 2011

Los miembros de la Comisión se reúnen por primera vez, ocasión en la cual definen el programa de trabajo a realizar.

2ª. 29 de diciembre de 2011

Exponen los miembros de la Comisión:

Sr. Ricardo Jungmann	Tema: “Libre Competencia en Chile: Situación Actual”
Sr. Francisco Agüero	Tema: “Fiscalía Nacional Económica: Potestades”
Sra. Blanca Palumbo	Tema: “Modificaciones Ley Antimonopolios”

3ª. 5 de enero de 2012

La Comisión efectúa análisis e intercambio de opiniones sobre las exposiciones realizadas en la sesión anterior.

4ª. 12 de enero de 2012

Invitado especial: Director Nacional de SERNAC, don Juan Antonio Peribonio.

Tema: “SERNAC y Ley de Protección al Consumidor frente a atentados a la libre competencia”

5ª. 19 de enero de 2012

Invitados especiales: Abogados Asesores del Fiscal Nacional del Ministerio Público, de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado (ULDDECO):

Sr. Alejandro Moreira

Sra. Verónica Rosenblut

Tema: “Opinión de Fiscalía.

Legislación Penal y Procesal Penal en materia de Libre Competencia”

6ª. 1 de marzo de 2012

Expone el Sr. Domingo Valdés, miembro de la Comisión.

Tema: "Procedimientos Investigativo y Consultivo de la FNE y Sanciones". Primera Parte.

7ª. 8 de marzo de 2012

Don Domingo Valdés expone la segunda parte de su presentación.

Tema: "Procedimientos Investigativo y Consultivo de la FNE y Sanciones". Segunda Parte.

8ª. 15 de marzo de 2012

Invitado especial: Sr. Tomás Menchaca, Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Tema: "Procedimiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia"

9ª. 22 de marzo de 2012

Invitado especial: Sr. Felipe Irarrázabal, Fiscal Nacional Económico

Tema: "Sistema de Libre Competencia y situación actual de la FNE"

10ª. 29 de marzo de 2012

Asiste como invitado especial el Ministro de Economía, Fomento y Turismo, señor Pablo Longueira Montes.

11ª. 3 de abril de 2012

Invitado especial: Sr. Juan Pablo Montero, Economista

Instituto de Economía de la Universidad Católica

Tema: "Notas sobre colusión y delación compensada: una mirada económica"

12ª. 12 de abril de 2012

Expone el Sr. Aldo Gonzalez, miembro de la Comisión.

Tema: "Comparación de mecanismos de notificación de fusiones"

13ª. - 18ª. Celebradas los días jueves, entre el 19 de abril y el 31 de mayo de 2012

Análisis general de todos los temas tratados en las sesiones anteriores.

ANEXO 3

INFORMES RECIBIDOS DE INSTITUCIONES Y PROFESIONALES EXPERTOS

1. Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados
2. Sr. Andrés Zaldívar Larraín – Senador de la República
3. Fundación Jaime Guzmán
4. Consejo Nacional de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa – Conapyme
5. Asociación de Consumidores – Conadecus
6. Facultad de Derecho – Universidad Diego Portales
7. Facultad de Derecho – Universidad de Chile
8. Colegio de Abogados de Chile A.G.
9. Opinión sr. Jorge Tarzizán, Profesor de la Escuela de Administración de la Pontificia
Universidad Católica de Chile