



FORTALECIENDO EL SISTEMA DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tomás Menchaca Olivares

NUESTRO SISTEMA INSTITUCIONAL

- **Ley 19.911, de 2003** => Gran avance en nuestro diseño institucional.
 - Creación del **TDLC**, reemplazando las antiguas comisiones por un Tribunal especializado e independiente, con competencias para aplicar sanciones de carácter administrativo.
 - Clara diferenciación de funciones entre TDLC y FNE
 - **Eliminación de la sanción penal** a los ilícitos anticompetitivos => Por buenas razones indicadas en su mensaje.

Ley 20.361 de 2009

- Facultades intrusivas FNE
 - Interceptación de comunicaciones
 - Allanamiento e Incautación
- Delación Compensada
- Aumento máximo de multas para el caso de colusión

GRAN CONSENSO ENTRE ESPECIALISTAS

HAY QUE FORTALECER EL SISTEMA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Todos queremos una persecución más eficaz de los atentados a la LC.

La pregunta es **¿cuál es la mejor forma de hacerlo?**

Hay consenso en la necesidad de:

- Establecer un sistema de **control preventivo de operaciones de concentración**
- **Mejorar el sistema de sanciones**
 - Límites variables de multas de acuerdo a las mejores prácticas internacionales
 - Sanciones adicionales a las personas naturales (inhabilidades)

EL PROYECTO: Operaciones de Concentración

“Artículo 47.- Se entenderá por operación de concentración todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos previamente independientes entre sí dejen de serlo, en cualquier ámbito de sus actividades”.

Incluye operaciones de Concentración

- Horizontales
- **Verticales**
- **De Conglomerado**

Guía FNE sólo para operaciones HORIZONTALES: “La FNE entiende por concentración horizontal, **aquella en que las empresas involucradas son competidoras actuales o potenciales en un mercado relevante dado**; por concentración vertical, aquella en que las empresas involucradas operan en distintas etapas de la producción o distribución de un bien o servicio, generalmente con carácter de proveedoras y clientes entre sí; y por concentración de conglomerado, aquella que no tiene el carácter de horizontal ni de vertical”.

Umbrales definidos por Reglamento

“Artículo 48...

i) Tratándose de las hipótesis contempladas en las letras a) y c) del artículo 47, se sumarán las ventas de los agentes económicos que se fusionan o que se asocian, y las de sus respectivos grupos empresariales.”

INFORME OCDE

Sistema en dos fases => 2 opciones:

I.- Primera fase ante la FNE y Segunda ante el TDLC

II.- Primera Fase FNE, Segunda FNE y un AMPLIO
RÉGIMEN DE RECURSOS.

OCDE

“Option 1 - Phase I before the FNE and Phase II before the TDLC:

FNE - Phase I. Merger notification should be filed with the FNE...

*TDLC - Phase II. In Phase II, the TDLC would have full review powers to conduct an in-depth assessment of the merger (e.g. through market testing and hearing relevant stakeholders and experts). Within a specified or determinable time frame, the TDLC should adopt a final decision, which may consist in: (i) the approval of the merger, (ii) the conditional approval of the merger subject to remedies, or (iii) the prohibition of the merger, when no remedy could alleviate the competition concerns at stake. **The Parties should have the right to seek review by a separate appellate body of adverse final decisions on the legality of their merger.”***

OCDE

“Option 2 - Phase I & Phase II before the FNE and judicial review by the TDLC:

FNE - Phases I and II. The FNE would have exclusive jurisdiction to review mergers both in Phase I and in Phase II....

TDLC - Judicial review. Under Option 2, the FNE would have broad review and decision-making powers in merger matters subject to judicial review on appeal. The TDLC has the specialised skills and is well-equipped to be the court for ***judicial review of the FNE’s merger decisions on appeal.***”

RÉGIMEN DE RECURSOS

- **OP. DE CONCENTRACIÓN**
ART. 57 INC. 3º: *“En contra de la resolución del Fiscal Nacional Económico **que prohíba una operación**, el notificante podrá promover, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación de la referida resolución, un recurso de revisión especial, el que deberá ser fundado”*.
- **Cuando se fijan condiciones por el FNE, por gravosas que sean, no se puede recurrir ante el TDLC !!!.**
- Nos llenaremos de recursos administrativos de toda índole, pues no existen actos administrativos que no estén sujetos a control jurisdiccional.

INFORMES DE LEYES ESPECIALES

¿Reclamación? ¿Ilegalidad?

- En el Proyecto se propone hacer procedente el recurso de reclamación a su respecto.
- Esto último fue reparado por la Excma. Corte Suprema en su informe al referido proyecto de ley N° 14-2015 (Bol 9950-03), de fecha 28 de abril de 2015 (Oficio N° 52-2015), indicando, en su consideración Novena, que:
*“...Tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional los informes **“revisten el carácter de actos administrativos habilitantes establecidos por el legislador”** (sentencia de 7 de septiembre de 2010, autos Rol N° 1448-09), por la vía de disponer que se evacúen, en diversos cuerpos normativos cuando se requiere un dictámen eminentemente técnico, verbigracia, Ley General de Servicios Eléctricos, Ley General de Telecomunicaciones, Ley General de Servicios Sanitarios, etc..*
*En tales condiciones **no resulta coherente con la satisfacción de una exigencia legal, de carácter técnico, con establecer un medio de impugnación respecto del contenido de ese presupuesto habilitante, para ante un tribunal superior, estrictamente jurisdiccional”.***

Acuerdos Extrajudiciales

Art. 39 ñ) *Suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados.*

*El Tribunal tomará conocimiento del acuerdo en una sola audiencia, sin forma de juicio, convocada especialmente al efecto, dentro del quinto día hábil de recibidos los antecedentes, durante la cual podrá escuchar alegatos de las partes comparecientes al acuerdo. El Tribunal deberá aprobar o rechazar el acuerdo en un plazo máximo de quince días hábiles, contados desde la fecha de la audiencia. **Estas resoluciones una vez ejecutoriadas serán vinculantes para las partes que comparecieron al acuerdo, producirán efectos respecto de terceros en caso de aprobar el acuerdo** y en su contra sólo procederá el recurso de reposición;*

- **Produce más efectos que una sentencia dictada en un procedimiento contencioso.**
- No se da la posibilidad que aquellos a los que se pretende afectar con la resolución aprobatoria puedan oponerse o recurrir de la misma.
- **Posible Solución:** Que los acuerdos se suscriban por el FNE sin aprobación del Tribunal, dejando a salvo la posibilidad de que terceros puedan demandar.

Multas

- El Proyecto es acertado al establecer un límite de multas relacionado con el beneficio económico de la infracción o las ventas.
- Formula no es clara y se aleja de las mejores prácticas internacionales.
 - 30% de las ventas del infractor durante todo el periodo en que se haya prolongado la infracción.
 - Se trata de ventas, no de utilidades.
 - No se establece un límite máximo como en el derecho comparado.

Límite máximo: Derecho comparado

- **USA (Federal):** USD 100MM, el doble de las ganancias obtenidas o el doble de las pérdidas causadas a la víctima
- **Unión Europea:** 10% del volumen del negocio total realizado durante el ejercicio social anterior
- **España:** 10% del volumen de negocios de la empresa infractora en el periodo anterior. Si no se puede determinar el volumen de negocios, 10 MM Euros
- **Francia:** 10% ingresos anuales consolidados
- **Alemania:** 1MM Euros o 10% de las ventas obtenidas en el año precedente a la decisión de la autoridad
- **Reino Unido:** 10% de los ingresos globales del infractor
- **México:** 10% de los ingresos del Agente Económico en el último ejercicio fiscal
- **Canadá:** CAD \$ 25 MM
- **Australia:** La mayor suma entre: AUD 10 MM; 3 veces los beneficios; o 10% de las ventas anuales del infractor y relacionadas en el ejercicio inmediatamente anterior
- **Sudáfrica:** 10% de las ventas en Sudáfrica y exportaciones desde Sudáfrica en el año anterior a la decisión.

Potestades del Tribunal

- En el Proyecto se pretende eliminar la facultad del Tribunal de efectuar proposiciones normativas.
- Prácticamente se elimina su participación en el control preventivo de operaciones de concentración.

SANCIÓN PENAL COLUSIÓN

Teóricamente puede establecerse:

- Mecanismo potente de disuasión
- Ha sido utilizada con éxito en algunos países, como USA

SIN EMBARGO:

- **EN CHILE, DADO NUESTRO SISTEMA INSTITUCIONAL**, que recién está dando sus frutos, lo estimo una mala idea, y eso es lo que opina la gran mayoría de los expertos.
- Probablemente **va a dificultar y no a mejorar la lucha contra los carteles**, que es lo que se pensó cuando se despenalizó.
- La **DISUASIÓN** depende no sólo de la gravedad de la pena sino también, y muy fundamentalmente, **de la posibilidad de detección y sanción**, que probablemente se verá afectada.

Problemas jurídicos y prácticos

- **Riesgo de sentencias contradictorias**, o bien, de **doble sanción**.
- **Aumento en costos públicos y privados** asociados a la duplicidad de procedimientos investigativos y jurisdiccionales
- **Estándar de convicción** requerido para aplicar sanciones privativas de libertad es mayor.
- **Dificultades en la obtención de pruebas** en los procesos que se siguen ante el TDLC y en las investigaciones de la FNE (derecho a no autoincriminarse).
- **Descripción y análisis de los atentados a la libre competencia** (tipificación general, incompleta y abierta, análisis económico).

De insistirse en SANCIÓN PENAL: RESGUARDOS

- **PREJUDICIALIDAD EN SEDE DE LIBRE COMPETENCIA** (igual al caso de la acción de daños)
 - Excluir la posibilidad de investigaciones y procedimientos paralelos, estableciendo que se lleve a cabo primero el procedimiento infraccional y solo posteriormente se pueda iniciar aquel destinado a determinar la eventual responsabilidad penal de las personas naturales.
 - Otra opción del derecho comparado (que FNE elija) daña nuestro sistema institucional
- **TITULARIDAD DE LA ACCIÓN PENAL:**
 - Debiera corresponder exclusivamente al Fiscal Nacional Económico previa solicitud establecida en la sentencia del TDLC o de la Excma. Corte Suprema.
- **Extender el beneficio de la delación compensada** al proceso penal.
 - Para ello se requiere entre otras cosas **dejar sin efecto el actual art. 385 del CP**, que se mantiene como tipo residual, sin que se le aplique la delación compensada (y 2º delator).
- Eliminar la posibilidad del TDLC de aplicar sanciones a personas naturales a fin de **no infringir el principio del *non bis in idem***.

Conclusión: Si bien en Chile hoy no es recomendable sancionar penalmente la colusión.

- Lo anterior podría resolver algunos de los más graves problemas jurídicos y prácticos de la coexistencia de sistemas paralelos de persecución de los carteles
- **No evita los problemas de detección y prueba de los mismos**
- **No elimina el riesgo de sentencias contradictorias (aunque éste disminuye sustancialmente con la prejudicialidad)**

Gracias