

## SEGUNDA CONSULTA TÉCNICA DE LIBRE COMPETENCIA 2021

### *¿Qué modificaciones se deben realizar al Decreto Ley 211?*

Si bien 9 de los consultados afirmaron que no era necesario realizar modificaciones por el momento<sup>1</sup>, se realizaron las siguientes propuestas<sup>2</sup>:

- “Medidas intrusivas para abusos de posición dominante”.
- “Extender las facultades intrusivas con que cuenta la FNE para la persecución de ilícitos no coordinados”.
- “Contemplar la creación de un control obligatorio de bases de licitación respecto de aquellas bases que asignen un monopolio o instalación esencial y/o superen un determinado umbral”.
- “Limitar los alcances de la potestad consultiva del TDLC, quitando la legitimidad activa de terceros, dados que en aquellos casos es pertinente seguir una vía contenciosa (volver a los orígenes de esta facultad”.
- “Incorporar la figura del denunciante anónimo, con recompensa, protección laboral y posibilidad de denunciar a través de un tercero abogado”.
  
- “Facultades intrusivas en materia de abuso de posición dominante”.
- “Cambio de tiempo y momento desde el cual se cuenta la prescripción en conductas unilaterales”.
- “Reconocimiento legal del Compliance dentro de las entidades económicas, permitiendo obtener ciertos beneficios de cumplirse requisitos que permitan mitigar los riesgos”.
- “La distinción del artículo 3º inciso segundo letra a) entre carteles duros y otros acuerdos colusivos es mala técnica legislativa. Si se optó por un tipo infraccional de textura abierta como el planteado en el artículo 3º inciso primero, debiera preferirse una distinción más genérica que el contraste caso a caso las restricciones por objeto y efecto a la competencia (similar al artículo 101 del TFUE). Esto podrá permitir perseguir y sancionar con mayor flexibilidad -como carteles duros- distintos tipos de acuerdos horizontales y verticales, así como otras formas de asociación anticompetitivas”.
- “Respecto de las conductas unilaterales, podría equipararse el plazo de prescripción al que existe actualmente para los carteles”.
  
- “Agregar la invitación a coludirse como proceso previo ante la FNE (previo el acuerdo poder ir directo a la FNE)”.

---

<sup>1</sup> La mayoría de los consultados de dicho grupo afirmó que la última reforma (Ley 20.945 de 2016) es muy reciente aún. En su opinión, es conveniente esperar a que se apliquen las enmiendas contenidas en dicha ley.

<sup>2</sup> Se reproducen los comentarios tal cual fueron recibidos. Solo se realizaron adecuaciones formales menores.

- “Derogar la cárcel por colusión”.
- “Clarificar la aplicación (o no) del per se de la colusión (para que no exista debate)”.
- “Fomentar la coordinación entre las autoridades de competencia con el legislador y/o las autoridades sectoriales, por ejemplo, por medio de que exista una respuesta a las recomendaciones normativas que formule la FNE”.
- “Permitir el ejercicio de facultades intrusivas en caso de abusos unilaterales”.
  
- “Reducir pena mínima de cárcel”.
- “Interrumpir prescripción con inicio de investigación formal”.
- “Aumentar acceso al expediente de investigación”.
- “Otorgar mayores facultades de investigación para perseguir conductas diversas de los carteles. Por ejemplo, permitir la entrada y registro para casos de abusos de posición dominante”.
- “Mayores medidas intrusivas (como agentes encubiertos para desarticular carteles, extender a algunas prácticas de abuso, por ejemplo)”.
  
- “Confiar la resolución de casos civiles o daños a los tribunales ordinarios de justicia”.
- “Crear dos tribunales de libre competencia adicionales (norte y sur)”.
- “Fortalecer la delación compensada”.
- “Considerar recompensa para el delator de colusión”.
- “Perfeccionar las normas de procedimientos contenciosos ante el TDLC, por ejemplo, obligando a la FNE a acompañar el expediente de investigación junto al requerimiento”.
  
- “Permitir más intervención de terceros en procesos de operación de concentración, incluyendo la posibilidad de impugnación al TDLC”.
- “Mejorar la normativa penal”.
- “Perfeccionar las reglas de la delación compensada”.
- “Modernizar el procedimiento ante el TDLC”.
- “Limitar la competencia de la Corte Suprema”.
  
- “Modificar el procedimiento no contencioso para que sea más predecible, se respeten los límites de lo consultado y sus plazos sean más acotados. Eliminar el recurso de reclamación para el procedimiento no contencioso”.
- “Delimitar el alcance de la revisión permitida por el recurso de reclamación”.
- “Precisar legislativamente las hipótesis limitadas de coacción que permitan privar de valor a una delación compensada, para cuidar esa institución”.
- “Acoger la figura del denunciante anónimo”.
- “Entregar legislativamente valor de eximente o atenuante, según el caso, a los programas de cumplimiento”.
  
- “Contemplar el denunciante anónimo”.
- “Aumentar los derechos de los investigados, acceso a los expedientes, resoluciones de inicio de investigaciones más fundadas, menos espacio a la discrecionalidad. Un aspecto relevante es someter algunas resoluciones intermedias del procedimiento del TDLC a recursos ante la Corte Suprema para evitar errores de procedimiento”.

- “Regulación de los programas de compliance”.
- “Establecer criterios más claros para el cálculo de multas. Todavía se ve mucha discrecionalidad por parte de la FNE al momento de solicitar multas”.
- “Cese de participación en la conducta anti competitiva (colusión) del delator cuando la FNE lo determine para la efectividad de la investigación”.
- “En atención al proyecto de ley que incorpora delitos de libre competencia a la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, sería buen o revisar la institucionalidad de prevención desde una óptica de sistema integrado de riesgos. La casuística de la jurisprudencia y el vacío legal son insuficientes”.
- “Reforzar la figura del denunciante anónimo propuesta por el Proyecto de Ley Boletín Nº 13312-03, introduciendo ‘premios’ o ‘recompensas’ a los denunciantes, equivalentes a un porcentaje de la multa aplicada (ej. 15-30%), creando un incentivo a denunciar”.
- “Introducir el reconocimiento legal expreso de los programas de cumplimiento en materia de libre competencia consagrándolos como atenuantes al momento de aplicar multas, para luego señalar mediante una guía un procedimiento para acreditar su idoneidad que conlleve su aprobación por la FNE y auditoría de su cumplimiento por entidades externas”.
- “Es ‘tuerto’ (el DL 211) a los efectos de la globalización en Chile y en particular ‘ciego’ a su e-commerce”.
- “Ampliar el TDLC a dos salas y duplicar a sus ministros y incorporar la existencia de distorsiones en el precio de las mercaderías importadas (Comisión de Distorsiones)”.
- “Considero que el diseño institucional conforme al cual la persecución penal de la colusión sólo puede ocurrir una vez que se ha dictado sentencia firme por el TDLC plantea una serie de desafíos y contradicciones difíciles de superar. Me parece que, si se ha decidido sancionar la colusión tanto por la vía administrativa infraccional como por la vía penal, las investigaciones del Ministerio Público (MP) y FNE debiesen ser simultáneas y con un alto grado de coordinación entre ambos organismos. Ello, a fin de resguardar elementos esenciales para el sistema de defensa de la libre competencia, como es el beneficio de la delación compensada y la confidencialidad de la información comercial sensible, y hacer valer también las garantías del imputado en materia penal. Asimismo, y en línea con lo anterior, me parece que la facultad de iniciar la persecución penal de la colusión no debiese depender de la sola voluntad del Fiscal Nacional Económico, de modo que la acción criminal debiese poder ser interpuesta también por el MP”.
- “Recurso de reclamación y facultades de la Corte Suprema en dicho contexto”.
- “Me parece que es hora de revisar los procesos, de tener más certezas respecto de los procedimientos de investigación de la FNE, y de crear un sistema ágil respecto al acceso a la investigación en la FNE y acceso de documentos en el TDLC, ya que se ha transformado en algo bastante engorroso por las normas de confidencialidad”.
- “Aumentar el número de ministros del TDLC para que pueda funcionar con dos salas”.
- “Ampliar el recurso de reclamación a las resoluciones que ponen fin al juicio o hacen imposible su continuación”.
- “Incorporar regulación de acuerdos lícitos entre competidores”.
- “Mecanismos de coordinación institucional con reguladores sectoriales”.

- “Asegurar el debido proceso en las investigaciones de la FNE; y mejorar el tipo de colusión”.
- “Ampliar facultades intrusivas a más conductas anticompetitivas que solo carteles”.
- “Ampliar la dotación de personal en la FNE y en el TDLC”.
  
- “Ampliar figura de interlocking a participaciones en grupos económicos”.
- “Más funcionarios en la FNE y dos salas en el TDLC”.
- “Despenalizar la colusión”.
- “Mejorar la prescripción en casos de abuso de posición dominante”.
- “El Ministerio Público debiese ejercer, según su mérito, la acción penal en casos de colusión una vez ejecutoriado el fallo del TDLC”.
  
- “Las que se proponen en la agenda antiabusos”.
- “Mayores facultades intrusivas para la FNE y más recursos para la FNE y el TDLC. En particular, respecto al TDLC, debiese formularse una restructuración orgánica que permita reducir la duración de los procesos (creación de salas especializadas en temas contenciosos y no contenciosos, mayor número de ministros, etc)”.
- “Reconocer expresamente los programas de cumplimiento”.
- “Se podría evaluar incorporar la figura del ‘denunciante anónimo’ (whistleblower)”.
- “Se deben regular situación de interlocking indirecto”.
  
- “Hay que restringir la facultad de consulta del TDLC. Muchos actores del mercado instrumentalizan esa facultad para entorpecer procesos regulatorios y de licitación. Dada la demora que tiene el TDLC en la tramitación de estas causas, se entorpece el sistema generando ineficiencias. Se debería establecer una sanción pecuniaria fuerte para que el consulte y se desiste de la misma”.
- “Incremento de penas”.
- “Las reformas efectuadas el 2016 son suficientes y han probado ser un marco normativo que puede adaptarse a las nuevas realidades. Los enfoques tienen que ver más bien con opciones política de libre competencia, situadas más bien en el desempeño de la institucionalidad. No me parece que deba incorporarse una norma como el artículo 10 del TFEU”.
- “Mejorar la delación compensada en base a las lecciones aprendidas de los últimos 10 años”.