

TERCERA CONSULTA TÉCNICA DE LIBRE COMPETENCIA 2022

¿Qué modificaciones se deben realizar al Decreto Ley 211?

Si bien 3 de los consultados afirmaron que no era necesario realizar modificaciones por el momento, se realizaron las siguientes propuestas¹:

- “Se deberían entregar mayores atribuciones a la FNE para investigar en casos de conductas coordinadas (como grabar reuniones, alzamiento de secreto bancario, entre otras) y se debería crear la figura del whistleblower”.
- “Se debería fortalecer el principio de congruencia, de modo que exista mayor coherencia entre lo acusado, lo que sea objeto de prueba, lo resuelto por el TDLC y lo que posteriormente pueda resolver la Corte Suprema”.
- “Se debería delimitar el alcance del procedimiento de consulta, de modo que no pueda ser utilizado como una alternativa al procedimiento contencioso, sin tener que sujetarse al estándar probatorio propio de un procedimiento contencioso”.
- “Si bien no es necesario que sea regulado en el DL 211, pues podría hacerse por medio de un auto acordado, sería de gran utilidad mejorar la tramitación y procesamiento de documentos de carácter confidencial y la elaboración de sus respectivas versiones públicas, de modo que no entorpezcan de modo tan significativa la tramitación de procedimientos”
- “Mejorar la delación compensada”.
- “A efectos de propiciar la eficiencia y mejor uso de recursos, así como resguardar el derecho a defensa y garantías de los sujetos investigados, deben establecerse plazos razonables para que la FNE desarrolle sus investigaciones. Hoy muchas investigaciones se encuentran abiertas por años sin que se realicen diligencias investigativas relevantes, generando incerteza y afectando gravemente los derechos de los investigados. Más que investigaciones parecen auditorías. El problema de fondo pasa por no reconocer la naturaleza administrativa sancionatoria del DL 211, negando por ello los derechos y garantías que asisten a los sujetos investigados. Reconocer lo anterior no implica un debilitamiento de nuestra institucionalidad, ni es un detrimento a la capacidad investigativa de la FNE (detectar y perseguir ilícitos). Por el contrario, genera una exigencia mayor a la autoridad que debiera propiciar mejoras en las técnicas investigativas y mayor eficiencia en el uso de recursos”.

¹ Se reproducen los comentarios tal como fueron recibidos. Solo se realizaron adecuaciones formales menores.

- “Conforme al actual artículo 64 del DL 211, la persecución penal de la colusión sólo puede iniciarse luego de la dictación de una sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC que establezca la existencia del acuerdo. Un problema importante que plantea esta situación es que el TDLC no tiene facultades, durante el procedimiento de libre competencia, para decretar medidas cautelares personales respecto de las personas naturales requeridas por colusión, lo que, a mi juicio, dificultará gravemente su persecución posterior en sede penal en la práctica. Esta discordancia requiere una modificación legal, si se pretende la privación efectiva de libertad de los partícipes de la colusión”.
- “Se requiere mayor certeza jurídica en el DL 211 acerca de los requisitos para imputar responsabilidad a las personas jurídicas por los actos de sus dependientes. Es recomendable, a mi juicio, establecer un modelo de imputación como aquel fijado en la Ley 20.393”.
- “Sería interesante evaluar seriamente: En materia de colusión. (a) incorporar nuevas herramientas a la FNE para perseguir prácticas colusorias; (b) el aumento de la sanción penal (y sanciones anexas) del delito de colusión cuando este recaiga sobre bienes y servicios de primera necesidad. Luego, también considero interesante se comience a discutir sobre la posibilidad de incorporar normas sobre el análisis del poder monopsonico y el aumento de la concentración en mercados laborales, especialmente en el Título IV (merger control). En relación con este último punto, podría evaluarse incorporar mención expresa a que el análisis administrativo de la FNE deba también considerar los efectos de una operación de concentración en los mercados laborales asociados en sus investigaciones de fusiones (y no solo en el mercado del producto, como es hoy en día)”.
- “Clarificar aspectos que han generado duda en la jurisprudencia (alcance de la prohibición de interlocking, alcance de la prohibición per se de acuerdos anticompetitivos)”.
- “Sugeriría la incorporación de exenciones de responsabilidad para casos de colusión de bajo riesgo para la competencia o donde estén involucradas PYMES (por ejemplo, acuerdos para negociar precios con proveedores de gran tamaño). Este régimen de exenciones podría incluir un proceso de notificación a la FNE para la aprobación de las mismas. Esto permitiría dar mayor seguridad jurídica a aquellos amparados por la exención. Desde el punto de vista de política pública y política persecutoria, ayudaría a las autoridades (especialmente a la FNE) a focalizar sus recursos en la persecución de conductas anticompetitivas de mayor relevancia y el análisis (de oficio) de mercados donde la intensidad competitiva es baja. Ejemplos de este tipo de exenciones pueden encontrarse en legislaciones como la de la Unión Europea y Australia”.
- “Ampliar años para detectar operaciones de concentración materializadas”.
- “Establecer presunciones favorables al demandante en materia de posición dominante (sobre cierto porcentaje de participación de mercado) y en materia de abusos unilaterales (sobre conductas más riesgosas)”.
- “Modificar el procedimiento no contencioso porque en la actualidad no entrega garantías procesales adecuadas, no está afecto a los límites del principio de congruencia y lleva a imponer medidas equivalentes a sanciones”.
- “Reconocer compliance serios como atenuantes de responsabilidad”.

- “Establecer un procedimiento ante la FNE para la evaluación de acuerdos de colaboración entre competidores (símil con análisis de operaciones de concentración)”.
- “El DL u otra normativa asociada pero no fuerza de ley, debiese hacer referencia los programas de cumplimiento en materia de libre competencia, otorgándoles valor y certeza respecto a su eficacia. En caso contrario el incentivo a implementar un programa de calidad disminuye, pues desde una perspectiva cultural el proceso es mucho más extenso”.
- “Debe estudiarse las dinámicas de los mercados digitales y las herramientas de Big Data para evaluar la necesidad de introducir modificaciones al régimen de Operaciones de Concentración y para la tipificación de ilícitos del artículo 3° del DL 211”.
- “Precisar ámbito de intervención de la Corte Suprema (reducirlo o sólo nulidad o casación)”.
- “Establecer procedimientos de Consultas al TDLC más eficientes que los actuales o crear un sistema de Consultas a la FNE vinculante, con una tramitación similar a las operaciones de concentración”.
- “Se debe garantizar apropiadamente la confidencialidad de la identidad y declaraciones de quienes se acojan y colaboren en procesos de delación compensada. Lo resuelto por la Corte Suprema en el caso Papeles, está modificando la garantía de confidencialidad por parte de la FNE (ver caso Biomar), lo que es muy grave”.
- “Creo que todavía puede ajustarse mejor el sistema de control de operaciones de concentración para hacerlo más transparente a terceros -que son los potenciales afectados de la operación-. En el sistema nuevo su participación y conocimiento del expediente son muy acotadas”.
- “Endurecería aún más las penas de multa, el resarcimiento de lo recabado con infracción a la libre competencia e incorporaría estas infracciones como delitos base de la ley 20.393”.
- “Le daría mayores herramientas de fiscalización y presupuesto a la FNE”.
- “Incorporar la figura del denunciante anónimo (whistleblower)”.
- “Limitar temporalmente la facultad de investigación de la FNE respecto de un agente económico (no puede ser que pueda investigar infinitamente, solicitando información mediante oficios)”.
- “Incluir programas de compliance como atenuantes de multa”.
- “Incluir atribuciones de fiscalización de bases de licitación (pero que cada organismo cuente con su propio oficial de competencia) asociado a mayores recursos”.
- “Precisar el sujeto de la prohibición del art. 3 letra d) y 4 bis, pues no queda claro quién es el responsable de velar porque no se produzca el interlocking o se notifique la participación minoritaria, respectivamente”.
- “Aclarar las facultades del TDLC en materias no estrictamente judiciales, como en el caso de los informes por leyes especiales, y el procedimiento aplicable a ellos (recursos, terceros interesados)”.

- “Reconocer la importancia de los programas de cumplimiento y mejorar la definición legal de algunas infracciones a la libre competencia, como los acuerdos colusivos y el interlocking”.
- “La persecución penal de los carteles hardcore deben ser realizados por una unidad especial de la FNE directamente ante la Justicia Penal Ordinaria y prevenir la intervención del TDLC”.
- “Agregar prohibiciones a determinadas conductas unilaterales sobre ciertos umbrales de participación de mercado u otras variables (Ej. RPM o abuso de dependencia económica)”.
- “Modificar el régimen recursivo. Rediseñar la facultad del art 18 n2 para que sea con la finalidad de obtener certeza jurídica y la suprema no termine regulando mercados”.
- “El denunciante anónimo bien reglado podría ser un avance”.

- “Reducir el alcance de la revisión judicial de la Corte Suprema y limitarlo sólo a materias de derecho estricto como una especie de casación”.
- “Modificar el recurso de reclamación ante la Corte Suprema, estableciendo causales específicas para el conocimiento de esta”.
- “Mejorar algunas normas que garanticen debido proceso”.
- “Ampliar facultades de la FNE respecto de conductas unilaterales, permitiendo efectuar visitas inspectivas a las empresas”.
- “Adecuar normas del procedimiento contencioso y trasladar la facultad consultiva del TDLC a la FNE”.

- “La comisión de distorsiones de importaciones se radique en el TDLC”.
- “Abrir una segunda sala en el TDLC”.
- “Crear un sistema de control preventivo de acuerdos de colaboración entre competidores”.
- “Mayores facultades para la FNE respecto de casos de abuso de posición dominante”.
- “Volver a robustecer la delación compensada. Limitar rol de Corte Suprema”.

- “Más y mejores medidas intrusivas, vincular daños con sentencia del TDLC”.
- “Temas de procedimiento ante el TDLC y en las investigaciones de la FNE”.
- “Incorporar la figura de agente encubierto (para primer delator)”.
- “Ordenar o sistematizar un sistema recursivo disperso y poco coherente”.
- “Incluir en el ámbito legal los programas de cumplimiento”.

- “Flexibilizar procedimiento contencioso”.
- “Incentivos al compliance”.
- “Reconocer beneficios a los programas de cumplimiento”.
- “Garantías procesales en etapa de investigación ante FNE”.