

CONSULTA TÉCNICA **SISTEMA DE LIBRE COMPETENCIA Y PROYECTO DE LEY ANTI COLUSIÓN**

Informe Final

Programa UC | Libre Competencia

Ricardo Jungmann

Richard Peña

Libertad y Desarrollo

Natalia González

John Henríquez

Primera versión
Santiago de Chile
Agosto de 2020

I. INTRODUCCIÓN.

En diciembre del 2019, el Presidente Sebastián Piñera anunció la presentación de la denominada “Agenda Anti Abusos”. La referida agenda, impulsada como respuesta a las protestas sociales iniciadas en octubre del mismo año, tenía diferentes propósitos.

En lo que se refiere al régimen de libre competencia chileno, tal compromiso gubernamental se materializó en la presentación de un proyecto de ley¹ (“Proyecto Anti Colusión”) que tiene como principales objetivos reformar el Decreto Ley 211 (“DL 211”) en los siguientes aspectos:

- (i) Otorgarle a la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) nuevas herramientas para la persecución de carteles.
- (ii) Aumentar las penas para el delito de colusión cuando recaiga sobre bienes y servicios de primera necesidad.
- (iii) Crear la figura del denunciante anónimo o reservado.

La iniciativa legal, cuya tramitación se inició el 13 de marzo de este año, continúa discutiéndose en la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados² (primer trámite constitucional). Además de las modificaciones legales propuestas por el Ejecutivo, durante la tramitación de este proyecto en el Congreso Nacional se ha reabierto la discusión sobre materias que fueron objeto de controversia en la discusión de la última reforma -efectuada por medio de la Ley N° 20.945³ de 2016- al DL 211. En particular, el debate se ha centrado en la solicitud del Ministerio Público de reformar la institucionalidad vigente a fin de que sea este organismo -y no la FNE- el que cuente con la titularidad de la acción penal en los delitos de colusión.

En razón de la tramitación del referido proyecto, el Programa UC | Libre Competencia y Libertad y Desarrollo diseñaron una consulta dirigida a los principales asesores legales de nuestro país y a las ex autoridades en materia de libre competencia con el propósito de conocer su opinión técnica respecto a la iniciativa en trámite y respecto a las discusiones que, sin ser parte del proyecto de ley original, han surgido con ocasión del mismo.

¹ “Proyecto que fortalece la investigación y persecución de carteles y aumenta su pena en caso que indica” (Boletín N° 13.312-03).

² Se han escuchado las opiniones técnicas de Ricardo Riesco (Fiscal Nacional Económico), Jorge Abott (Fiscal Nacional del Ministerio Público), Enrique Vergara (Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia), Felipe Irrarrazabal, Julio Pellegrini, Diego Ramos, Jorge Grunberg, Francisco Agüero, John Henriquez, Álvaro Díaz, entre otros.

³ “Ley que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia”.

II. OBJETIVOS.

Las preguntas efectuadas al grupo de personas consultadas, que son los principales asesores legales en Chile en la materia y ex autoridades de libre competencia, se elaboraron con el objeto de:

- (i) Conocer cuál es su evaluación respecto al desempeño que han tenido las autoridades de libre competencia en Chile en estos últimos diez años (FNE, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y Corte Suprema).
- (ii) Conocer cuál es su evaluación respecto a la institucionalidad vigente en Chile en la materia (herramientas y facultades intrusivas de la FNE y sanciones para cumplir la política de competencia).
- (iii) Conocer sus opiniones técnicas respecto a los siguientes aspectos del Proyecto Anti Colusión: justificación de su presentación, conveniencia de sus principales enmiendas y posición respecto al debate que se ha generado en torno al organismo que debe tener la titularidad de la acción penal para perseguir los delitos de colusión.
- (iv) Obtener sugerencias de reformas legales que puedan ser útiles para la tramitación del Proyecto Anti Colusión o de iniciativas futuras.

III. METODOLOGÍA.

A. Muestra.

Consultados	
Abogados reconocidos por los principales rankings de libre competencia (primeras cuatro bandas Chambers & Partners y categorías “Lawyers” y “Future Leaders – Partners” de Who’s Who Legal, ambas ediciones del año 2019).	24
Profesores universitarios reconocidos por sus pares como líderes en libre competencia (Arturo Yrarrázaval de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Domingo Valdés de la Universidad de Chile).	2
Ex autoridades de libre competencia ⁴ : ex ministros titulares y suplentes del Tribunal de Defensa de Libre Competencia desde el 2010 y el ex Fiscal Nacional Económico.	16
Total	41

⁴ Javier Velozo, ex ministro del Tribunal de Defensa de Libre Competencia, también es destacado por Chambers & Partners. Para efectos del informe, fue incluido en el subgrupo “Ex autoridades de libre competencia”.

B. Procedimiento de obtención de información.

- Cuestionario vía email.
- Cuestionario vía telefónica.

C. Modalidad.

- 12 preguntas de selección múltiple (5 alternativas cada una). 5 preguntas forman parte de la sección “Institucionalidad de Libre Competencia en Chile” y 7 preguntas corresponden a la sección “Proyecto de Ley Anti Colusión”.
- 1 pregunta abierta de carácter voluntario.

D. Tasa de respuesta.

- 83% (34 de los 41 consultados respondieron la encuesta).

E. Nómina de consultados que participaron de la encuesta.

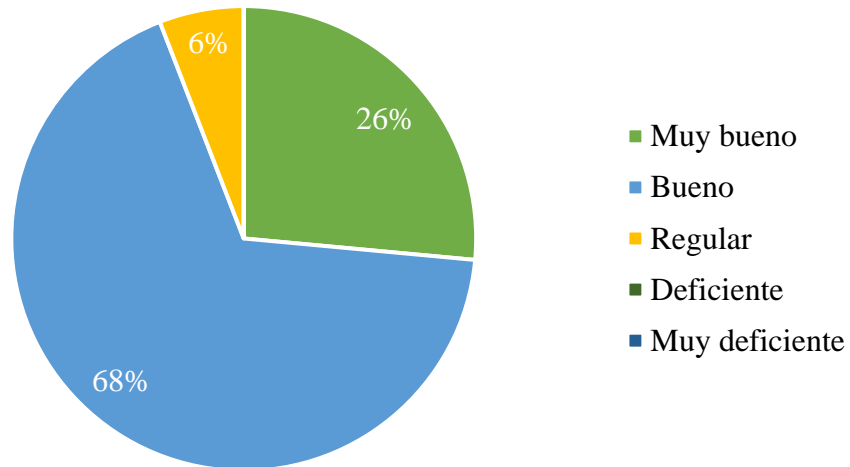
Abogados
Juan Cristóbal Gumucio
Julio Pellegrini
Nicole Nehme
Lorena Pavic
Claudio Lizana
José Miguel Gana
Luis Eduardo Toro
Nicolás Lewin
Pedro Rencoret
Ignacio Larraín
Diego Hernández
Benjamín Grebe
Andrés Rioseco
Carla Bordoli
José Joaquín Ugarte
Juan Sebastián Valdés
Isabel Díaz
Soledad Krause
Mario Bravo
Rodrigo Díaz de Valdés
Arturo Yrarrázaval

Ex autoridades
Tomás Menchaca
Felipe Irarrázabal
Javier Velozo
Jaime Arancibia
Javier Tapia
Eduardo Saavedra
Andrea Butelman
Radoslav Depolo
Nicolás Rojas
Crispulo Marmolejo
Jorge Hermann
Teodoro Wigodski
Soledad Arellano

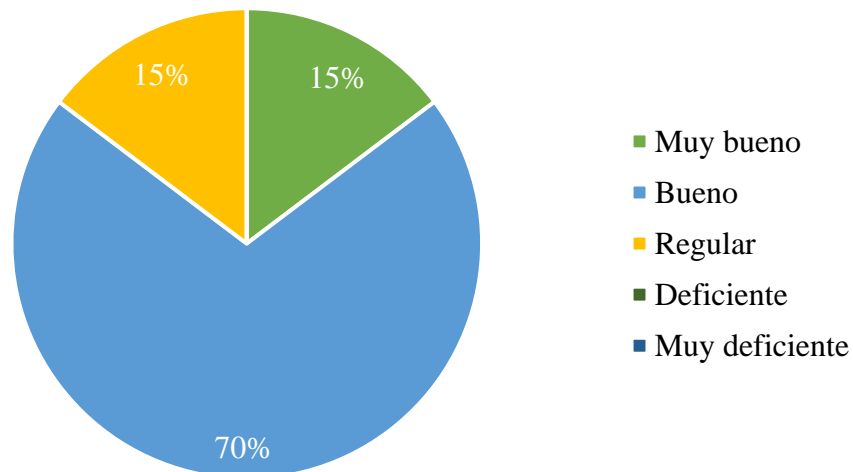
IV. RESULTADOS.

A. Institucionalidad de Libre Competencia en Chile.

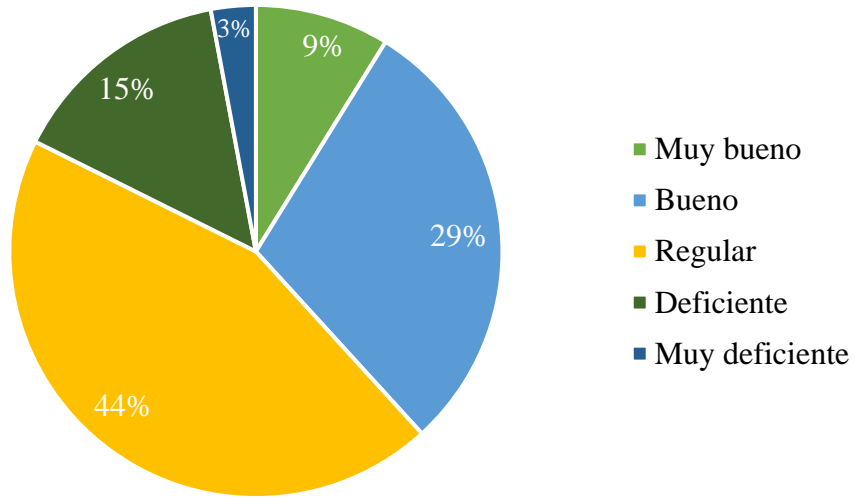
1.- Evalúe el desempeño que ha tenido la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) en estos últimos diez años.



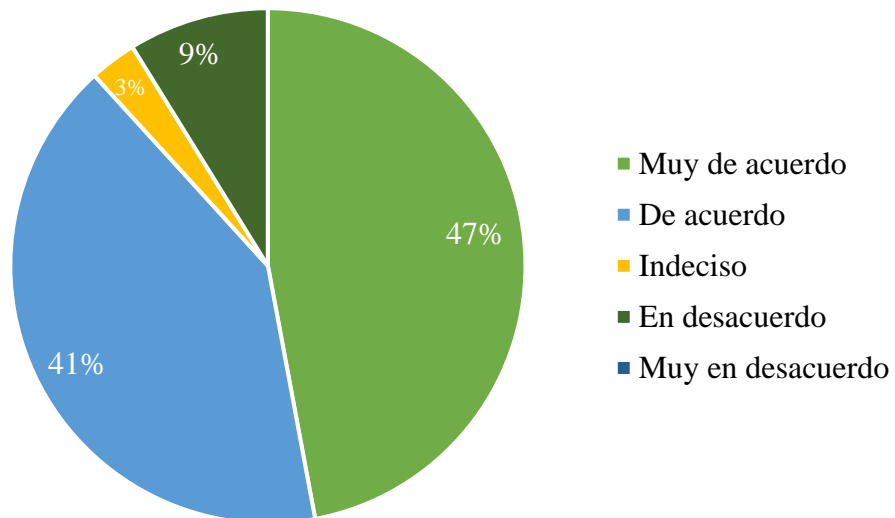
2.- Evalúe el desempeño que ha tenido el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) en estos últimos diez años.



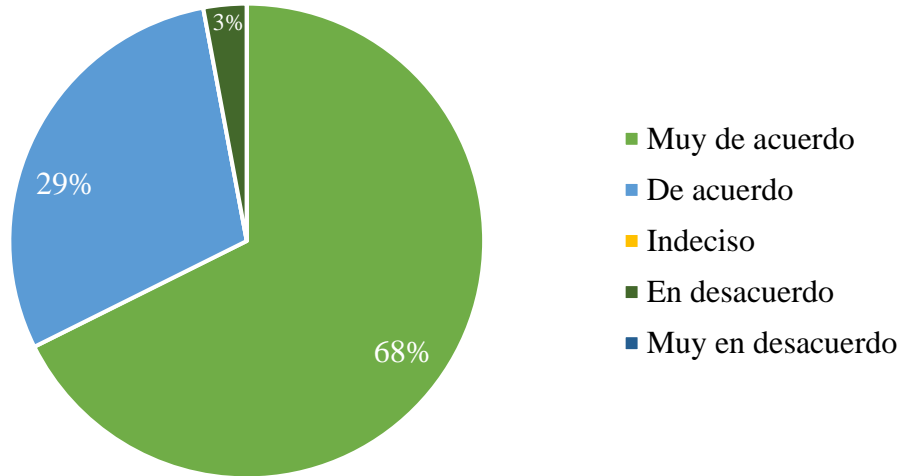
3.- Evalúe el desempeño que ha tenido la Corte Suprema en materias de libre competencia en estos últimos diez años.



4.- Las herramientas y facultades intrusivas con que cuenta actualmente la FNE son suficientes para cumplir los objetivos de la política de libre competencia en Chile.

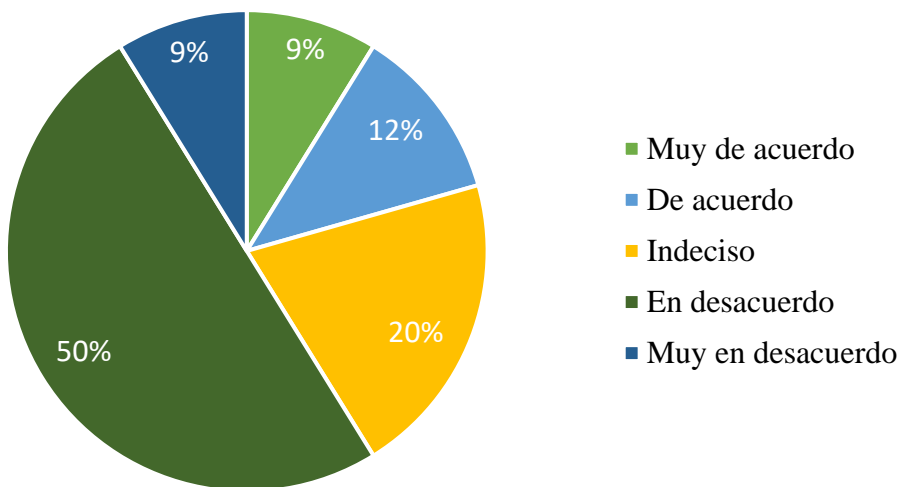


5.- Las sanciones contempladas en el Decreto Ley 211 vigente permiten cumplir los objetivos de la política de libre competencia en Chile.

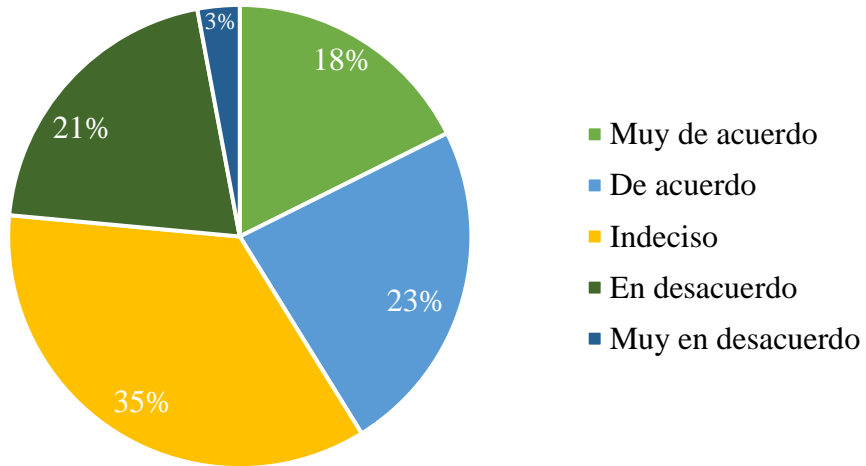


B. Proyecto de Ley Anti Colusión.

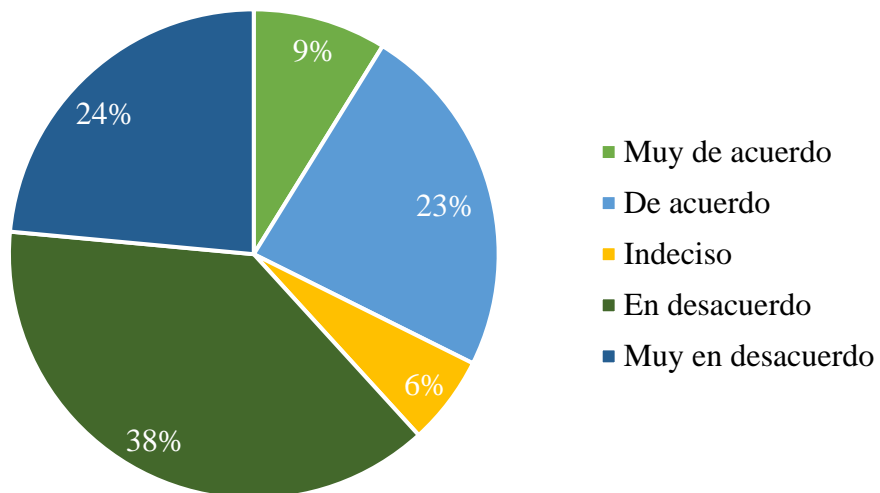
1.- La reforma al Decreto Ley 211, que hoy se discute en el Congreso Nacional, está justificada.



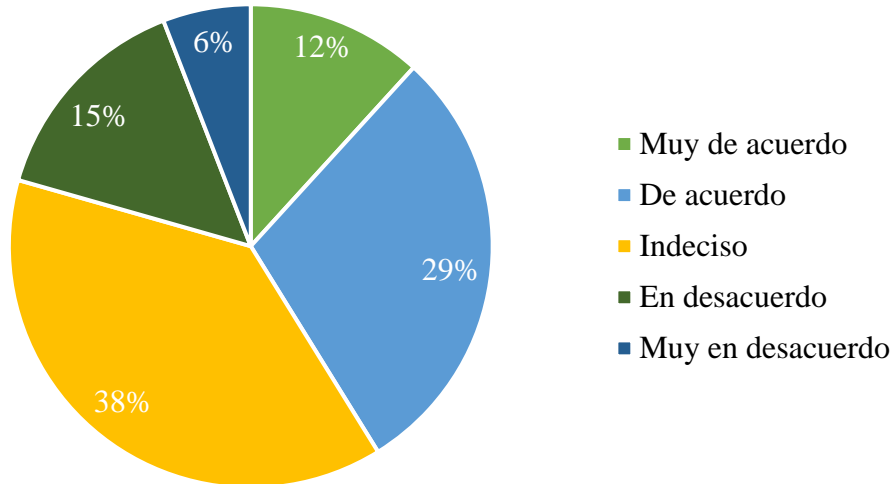
2.- ¿Está de acuerdo con las propuestas para fortalecer las atribuciones de la FNE contenidas en el Proyecto de Ley Anti Colusión?



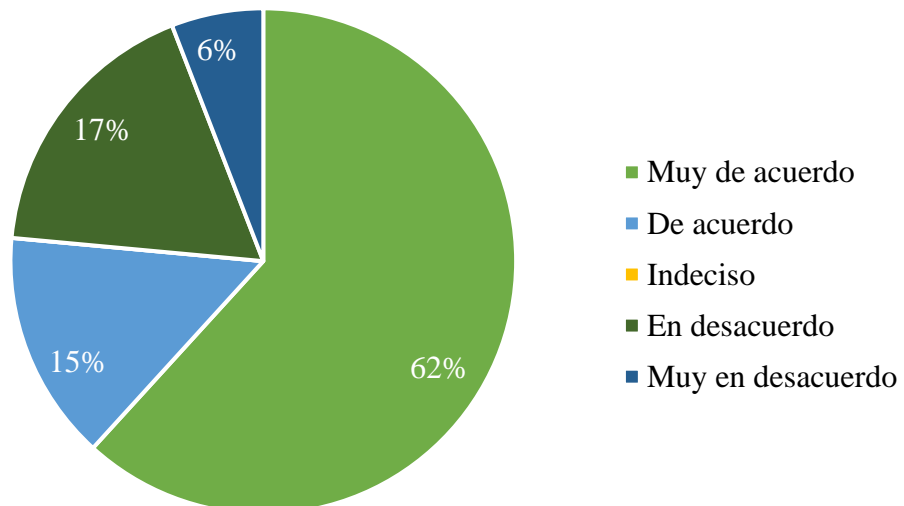
3.- ¿Está de acuerdo con la propuesta de aumentar la pena para el delito de colusión cuando este recaiga sobre bienes y servicios de primera necesidad contenida en el Proyecto de Ley Anti Colusión?



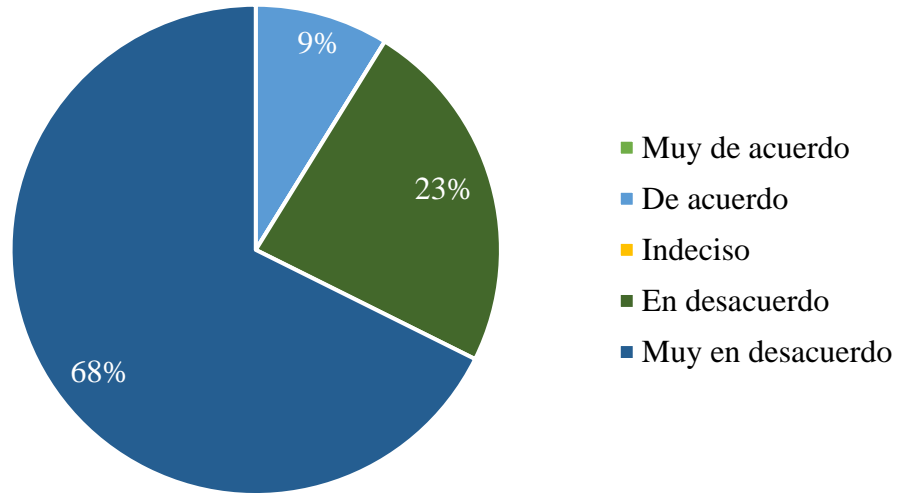
4.- ¿Está de acuerdo con la propuesta de crear la figura del denunciante anónimo contenida en el Proyecto de Ley Anti Colusión?



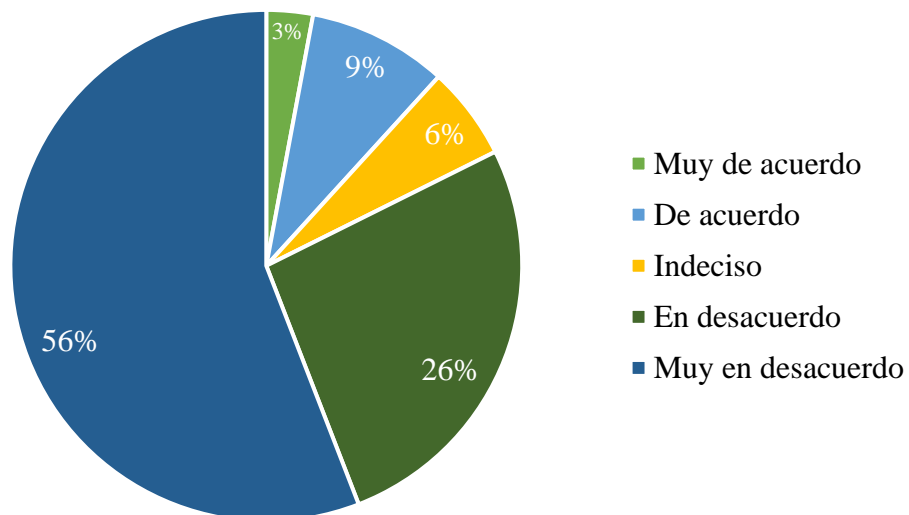
5.- La acción penal para perseguir el delito de colusión debe ser ejercida de manera exclusiva por la FNE.



6.- La acción penal para perseguir el delito de colusión debe ser ejercida de manera exclusiva por el Ministerio Público.



7.- La acción penal para perseguir el delito de colusión debe ser ejercida de manera conjunta por la FNE y el Ministerio Público.



8.- ¿Qué otras modificaciones estima usted que se podrían haber incluido en el proyecto de ley que hoy se discute en el Congreso Nacional?⁵

- **Operaciones de concentración.**
 - (i) Regulación del carve out⁶, especialmente para operaciones de concentración multijurisdiccionales.
 - (ii) Regular de mejor manera a las participaciones minoritarias, de modo que, de existir, se puedan analizar con criterios propios de operaciones de concentración y no con la lógica infraccional, como ocurre en la actualidad.
 - (iii) Clarificación de umbrales de fusión en caso de operaciones de concentración en mercados tecnológicos.
 - (iv) Reconocimiento expreso para recurrir sobre la completitud o incompletitud de los formularios solicitados en las operaciones de concentración (régimen especial).

- **Sanciones.**
 - (i) Reconocimiento expreso que permita sancionar con penas pecuniarias a personas naturales.
 - (ii) Establecer límite máximo absoluto a las multas, como en el derecho comparado.
 - (iii) Programas de cumplimiento⁷:
 - a) Reconocimiento expreso a su existencia;
 - b) Pronunciarse sobre la posibilidad de que los programas de cumplimiento, en caso de ser serios, reales y efectivos, y bajo ciertos supuestos estrictos, puedan ser considerados como una atenuante o incluso un eximente de responsabilidad por atentados a la libre competencia; y
 - c) Precisión de tratamiento de atenuante de responsabilidad a programas de cumplimiento con ciertas condiciones.
 - (iv) Fortalecer el mecanismo de la delación compensada a través de las siguientes medidas:
 - a) Extender los beneficios a otros postulantes adicionales, además del primer y segundo delator;
 - b) Extender la exención penal a todos los aportantes de antecedentes; y

⁵ Pregunta opcional y voluntaria. Las respuestas, para fines de orden y claridad, fueron agrupadas en relación a su contenido. ⁶ de los consultados señalaron que no era necesario realizar modificaciones, atendido a la reciente de la última reforma.

⁶ Carve out: instrumentos que tienen la pretensión de blindar los efectos del cierre de una operación global de concentración que aún no ha recibido la autorización de la autoridad antimonopolio.

⁷ Fueron 3 los consultados que se refirieron directamente a los programas de cumplimiento (cada letra contiene las opiniones individuales en la materia de dichos consultados).

- c) Generar una protección de confidencial total o al menos más rigurosa que la existente en la actualidad.

- **Procesales.**

- (i) Eliminar el recurso de reclamación y reemplazarlo por el de casación.
- (ii) Desarrollo de las garantías del debido proceso aplicado a las partes⁸.
- (iii) Interrupción de la prescripción con el inicio de la investigación de la FNE.
- (iv) Clarificación de recursos aplicables para el caso de procedimientos distintos del contencioso.
- (v) Prescripción de actos colusivos anteriores a la dictación de las respectivas leyes anti colusión⁹.
- (vi) Mejoras al procedimiento ante el TDLC¹⁰.
- (vii) Modificación al sistema de consultas en procedimientos no contenciosos que tienen en la actualidad un estatus muy incierto.
- (viii) Perfeccionar la regulación de los acuerdos extrajudiciales celebradas por la FNE en virtud del artículo 39 letra ñ) del DL 211: que la aprobación de un acuerdo extrajudicial de la FNE tenga el mismo procedimiento de una consulta o asunto no contencioso, con amplia participación de todos los interesados, y con el mismo recurso de reclamación ante la Corte Suprema¹¹.

- **Institucionales.**

- (i) Incluir en la Constitución Política de la República la consagración de una FNE similar o idéntica al Ministerio Público, que aborde todos los ilícitos económicos incluyendo los antimonopólicos¹².
- (ii) Control de ciertos actos de la FNE por un consejo asesor.

⁸ El consultado agregó: “está todo pensado para que la FNE tenga grandes atribuciones. Hace falta un contrapeso y la posibilidad de desafiar algunas decisiones de la FNE de manera expresa”.

⁹ El consultado agregó: “Los gobiernos de Chile durante décadas fueron Pro-Empresa (ProChile) y propiciaron el encuentro de empresarios/ejecutivos del mismo rubro. De la noche a la mañana pasó a Pro-Mercado. Muy bien, pero de ahí a sancionar las prácticas que indujo la máxima autoridad, me parece un error. Borrón y cuenta nueva”.

¹⁰ El consultado agregó: “Es demasiado cercano al procedimiento ordinario del Código de Procedimiento Civil).

¹¹ El consultado señaló que “En la actualidad el acuerdo aprobatorio del TDLC produce cosa juzgada con efecto relativo a las partes que concurren al acuerdo. El problema es que queda abierta la posibilidad de que se genere un juicio posterior por los mismos hechos, con el riesgo de que los ministros del TDLC que se pronunciaron sobre el acuerdo queden inhabilitados por haberse pronunciado sobre las mismas. Esta situación afecta especialmente a la FNE cuando llega a un arreglo con la empresa demandada, pues puede aparecer de paracaidista otra empresa y la priva de la posibilidad de cerrar el asunto, porque el TDLC puede verse obligado a transformar todo en un asunto contencioso” y que la solución propuesta permite que “El TDLC no se vea obligado así a pronunciarse dos veces sobre los mismos hechos, con el riesgo que ello implica”.

¹² El consultado agregó: “De esa manera se zanjarían los actuales conflictos entre ambas instituciones y además se daría real autonomía a la FNE”.

- (iii) Reformas a la acción penal por colusión para hacerla efectiva y que no se pierda por trabas procesales o ausencia de garantías penales.
- (iv) La acción penal en el delito de colusión debería poder ser ejercida por el Ministerio Público o la FNE, luego de presentado el requerimiento ante el TDLC por parte de la FNE.
- (v) Coordinación de los persecutores (sanciones penales v/s administrativas) para resolver el conflicto de la acción penal en el delito de la colusión: implica que el FNE debe decidir, previo a la interposición de la acción en contra de la empresa ante el TDLC, si los antecedentes ameritan también una sanción administrativa o penal a las personas naturales involucradas, dictando una resolución fundada al efecto. Si ameritan sanción administrativa, el FNE debería interponer acción en contra de las personas ante el TDLC, quedando precluida definitivamente la vía penal. Si ameritan sanción penal, el Ministerio Público queda libre para decidir si investigar y acusar a las personas naturales paralelamente al juicio de la empresa ante el TDLC, pero queda precluida toda posibilidad de posibilidad de perseguir a la persona en sede administrativa, a menos que el ilícito corresponda a un empresario natural. Lo mismo ocurría si el FNE decide no acusar a nadie ante el TDLC¹³.

- **Otras propuestas.**

- (i) Regulación de los precios abusivos.
- (ii) Permitir acuerdos de colaboración -como en la pandemia- para sector salud, medicamentos y transportes, entre otros.
- (iii) Regular de mejor manera el interlocking, como un ejemplo más de abuso de modo que pueda analizarse de acuerdo a la regla de la razón y que no se cambie la técnica legislativa de tipificación general, con ejemplos también generales.
- (iv) Hacer público los cruces de propiedades entre competidores que recopila la FNE.
- (v) Modificar el artículo 3 letra e) del DL 211 que sólo sanciona la entrega de información falsa, en circunstancias que el ilícito en jurisdicciones más desarrolladas también incluye la omisión voluntaria de información.

¹³ El consultado agregó que “De esta forma, no hay duplicidad de procedimientos para la persona natural, ni procesamiento por varios años en distintas sedes, y el Ministerio Público puede actuar oportunamente”.

V. CONCLUSIONES.

A. Institucionalidad de Libre Competencia en Chile.

- (i) El 94% de los consultados tiene una opinión favorable del desempeño que ha tenido la Fiscalía Nacional Económica en los últimos diez años.
- (ii) El 85% de los consultados tiene una opinión favorable del desempeño que ha tenido el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en los últimos diez años.
- (iii) El 44% de los consultados considera que el desempeño de la Corte Suprema en los últimos diez años ha sido regular. El 38%, en tanto, considera que su desempeño ha sido positivo. Finalmente, el 18% estima que el desempeño de la Corte Suprema ha sido deficiente.
- (iv) El 88% de los consultados considera que las herramientas y facultades intrusivas con que cuenta actualmente la FNE son suficientes para cumplir los objetivos de la política de libre competencia en Chile.
- (v) El 97% de los consultados considera que las sanciones contempladas en el Decreto Ley 211 vigente permiten cumplir los objetivos de la política de libre competencia en Chile.

B. Proyecto de Ley Anti Colusión.

- (i) El 59% de los consultados considera que la reforma al Decreto Ley 211, que hoy se discute en el Congreso Nacional, no se encuentra justificada. El 20%, en tanto, se manifiesta indeciso.
- (ii) El 41% de los consultados está de acuerdo con las propuestas para fortalecer las atribuciones de la FNE. El 35%, en tanto, se manifiesta indeciso.
- (iii) El 62% de los consultados se manifiesta contrario a la propuesta de aumentar la pena para el delito de colusión cuando este recaiga sobre bienes y servicios de primera necesidad.
- (iv) El 41% de los consultados está de acuerdo con la propuesta de crear la figura del denunciante anónimo o reservado. El 38%, en tanto, se manifiesta indeciso.

- (v) El 77% de los consultados considera que la acción penal para perseguir el delito de colusión debe ser ejercida de manera exclusiva por la FNE.
- (vi) El 9% de los consultados considera que la acción penal para perseguir el delito de colusión debe ser ejercida de manera exclusiva por el Ministerio Público.
- (vii) El 12% de los consultados considera que la acción penal para perseguir el delito de colusión debe ser ejercida de manera conjunta por la FNE y el Ministerio Público.
- (viii) Existen propuestas de los consultados, consistentes en modificaciones legales en diferentes materias (operaciones de concentración, sanciones, entre otras), que eventualmente podrían ser consideradas en la tramitación del Proyecto Anti Colusión o en iniciativas legislativas posteriores.