



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE

¿Es necesaria la reforma a la Ley de Competencia?¹

PROGRAMA UC | LIBRE COMPETENCIA

Opinión técnica
Nº 7/ ABRIL 2020

¹ Documento elaborado por Juan Ignacio Donoso, abogado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, con un Magister en derecho con mención en libre competencia de la universidad King's College London. Trabajó durante 8 años en la Fiscalía Nacional Económica, donde llegó a ejercer el cargo de sub-jefe de la División Antimonopolios.

¿Es necesaria la reforma a la Ley de Competencia?

Juan Ignacio Donoso

El 13 de marzo, el Presidente Piñera ingresó un proyecto de ley con el fin de modificar el Decreto Ley N° 211 (boletín 13312-03). El principal foco del proyecto sería fortalecer la investigación y persecución de los carteles, aumentando sus sanciones criminales y otorgando a la Fiscalía Nacional Económica (FNE) nuevas herramientas para su investigación.

El proyecto de ley forma parte de la Agenda Anti Abusos anunciada por el Presidente en cadena nacional en diciembre del año pasado, como consecuencia de las demandas sociales para una mayor igualdad en el país. Junto a este proyecto de ley, se ingresarían otros tres proyectos, destinados -respectivamente- a combatir el uso de información privilegiada, a establecer un canal de denuncias anónimas ante la Contraloría General de la República contra actos de corrupción en la administración pública, y a aumentar el plazo de prescripción de los delitos electorales².

Las principales modificaciones propuestas en el proyecto de ley son:

- Nuevas técnicas para la investigación de carteles: El proyecto propone otorgar a la FNE nuevas herramientas, exclusivamente para carteles, consistentes en la facultad de disponer de técnicas de vigilancia (tales como ordenar la fotografía o filmación y disponer la grabación de comunicaciones entre personas presentes) y en el levantamiento del secreto bancario, autorizándole a la FNE a requerir de entidades bancarias la entrega depósitos, captaciones u operaciones de compañías o individuos bajo investigación. Para el uso de estas herramientas, la FNE deberá obtener una orden judicial emitida por un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, previa autorización del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC).
- Sanciones penales para quienes se opongan o entorpezcan a las medidas de entrada y registro: El proyecto contempla incorporar sanciones de hasta tres años de cárcel a quienes oculten, destruyan

² Este último es el único que se ha presentado hasta la fecha y se tramita bajo el boletín 13301-06, sin perjuicio que los lineamientos fundamentales de los otros proyectos fueron esbozados por el Presidente Piñera con ocasión de su presentación en marzo de este año.

o impidan el acceso a recintos, objetos o documentos que sean materia del registro o incautación.

- Aumento de las sanciones criminales para cierto tipo de carteles: El proyecto propone aumentar a 5 años el mínimo de pena de cárcel para carteles que afecten bienes o servicios de primera necesidad. Para estos efectos, el proyecto señala que deberá considerarse, entre otros criterios, si el bien o servicio es de alta relevancia para la vida cotidiana de las personas, si es de uso masivo, o si fue grave el perjuicio causado a los consumidores por la conducta. El máximo de pena para los carteles, cualquiera que sea el tipo de bien o servicio en que recaigan, se mantendrá en 10 años.
- Regulación de informantes: El proyecto incorpora la protección de individuos que soliciten anonimato al presentar una denuncia ante la FNE. Si la Fiscalía decide someter al análisis de admisibilidad de la denuncia, deberá disponer que no consten en el expediente el nombre, apellidos, profesión u oficio, domicilio, y lugar de trabajo del denunciante, ni cualquier otro dato que pudiere servir para su identificación.

Varias de estas modificaciones van en línea con las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), relativas al combate de carteles duros, tales como proteger el anonimato de denunciantes, otorgar herramientas investigativas de vigilancia e imponer sanciones por la obstrucción de una investigación³.

Desde la dictación de la Ley 20.361 en el año 2009, en virtud de la cual se otorgó a la FNE la facultad de efectuar entradas, registros e incautaciones e interceptar telecomunicaciones, y se incorporó el sistema de delación compensada, la persecución de carteles aumentó considerablemente. Estas técnicas permitieron a la FNE recopilar evidencia dura de la existencia de los carteles, que estaba ausente en casos previos.

Dos fallos son particularmente relevantes para observar las falencias que tenía el sistema chileno hasta esa fecha. En el año 2006, el TDLC -en un fallo unánime- sancionó a diversas agencias navieras por supuestamente acordar entre ellas el cobro de una tarifa por la obtención del Documento Único de Salida o DUS, documento necesario para embarcar las mercaderías que se exportaban. El Tribunal se basó, principalmente, en la simultaneidad en el comienzo de la nueva modalidad de cobro (marzo - abril de 2002), y la similitud de los montos cobrados y su concepto. Sin embargo, dicho fallo, también de manera unánime, fue revocado por la Corte Suprema, que consideró que de los antecedentes se podía inferir

³ <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0452>

conductas coincidentes o paralelas entre las agencias denunciadas y que, sin embargo, ello no permitía extraer conclusiones definitivas para poder tipificar el hecho descrito en la norma legal. Según la Corte: *"el acto colusorio necesariamente requiere de dos elementos para configurarse: la voluntad de los partícipes y la decisión conjunta de adoptar la práctica viciosa, condiciones ambas cuya existencia no puede tenerse por demostrada por la simple concurrencia de las circunstancias ya señaladas (simultaneidad y homogeneidad de precios)"*⁴.

Luego, en el año 2007, el TDLC emitió su fallo en el caso Isapres, en el cual la FNE había interpuesto un requerimiento en contra de diversas Isapres por acordar concertadamente la eliminación de los planes con cobertura del 100%. El requerimiento fue rechazado por 3 votos contra 2 por el TDLC, lo que luego fue confirmado, nuevamente por 3 votos contra 2, por la Corte Suprema. Nuevamente, la evidencia con que disponía la FNE era de comportamientos paralelos en el mercado, pero carecía de prueba o evidencia dura que demostrara un contacto entre competidores, a juicio de los sentenciadores.

A partir de las herramientas entregadas a la FNE por la Ley 20.361, la persecución de la colusión en Chile tuvo un cambio radical, aumentando considerablemente el número de casos, la importancia de los mercados afectados, y las sanciones interpuestas. Así, en los últimos 10 años han existido sanciones por colusión en el mercado compresores de refrigeradores, transporte terrestre de pasajeros, producción avícola, venta de asfalto, comercialización de productos tissue, transporte marítimo, y supermercados. Por lo mismo, parece improbable que el actual proyecto de ley, de ser aprobado, vaya a tener un impacto siquiera similar al de la Ley 20.361.

Las técnicas de vigilancia propuestas en dicho proyecto pueden ser de gran utilidad para recopilar evidencia irrefutable de un cartel, y, por tanto, efectivamente pueden servir para eliminar cualquier duda razonable de su existencia, particularmente en un proceso penal. En tal sentido, estas pueden ser aún más convincentes que los documentos y correos electrónicos incautados, respecto de los cuales los involucrados suelen alegar desconocimiento o interpretaciones diversas.

Sin embargo, a diferencia de las medidas de entrada, registro e incautación, las técnicas de vigilancia requieren de un conocimiento detallado de la operatividad del cartel para ser efectivas. Para poder filmar o grabar una reunión o conversación en vivo, la autoridad no solamente deberá tener

⁴ Considerando 10 de la Sentencia 38-06 de la Corte Suprema, Rol N° 3.395-2006, Requerimiento de la FNE contra Ulltramar y otros.

evidencia de la existencia del cartel y de las partes e individuos involucrados en éste, sino que del lugar y hora en que tendrá lugar la reunión anticompetitiva. Sin dicha información, resulta difícil que la facultad resulte efectiva, y que se obtenga la autorización judicial requerida para ejercerla.

En la actualidad, los detalles sobre la operatividad de muchos carteles son obtenidos por un beneficiario de delación compensada. Su asistencia es crucial para que la autoridad determine dónde y qué buscar, pues éste le puede aportar detalles sobre las personas y empresas involucradas, fechas de reuniones o contactos, medios de comunicación, términos utilizados, entre otros.

Sin embargo, la actual ley requiere que el postulante a la delación compensada ponga fin a su participación en el cartel inmediatamente después de presentar su solicitud, sin que el proyecto de ley en comento establezca una excepción a este requisito. Dicha excepción no resulta necesaria para las facultades de entrada, registro e incautación, pues esta técnica está destinada a obtener evidencia ya existente sobre el cartel.

Pero sí resulta indispensable para la efectividad de las operaciones de vigilancia, que están destinadas para capturar evidencia en vivo del cartel, y, por lo tanto, requieren, a lo menos durante un período corto, de la continua participación del delator en la conducta anticompetitiva, lo que ocurre, por ejemplo, en los Estados Unidos.

Por su parte, no se observa qué utilidad la medida de alzamiento del secreto bancario podría aportar a la persecución de los carteles. El proyecto de ley justifica su incorporación en que ello permitiría detectar mecanismos de compensación que podrían haber acordado los competidores, por ejemplo, al no competir en un mercado determinado o en una licitación.

Sin embargo, hoy en día el conocimiento de la ilicitud de los carteles está ampliamente difundido, lo que aumenta el secretismo con que estos se celebran, y los resguardos adoptados por sus partícipes para evitar ser detectados. Por lo demás, la experiencia muestra que en la medida que el cartel resulta exitoso, y no existen desvíos a lo acordado, las partes van profundizando su conducta ilícita, extendiéndola a otros productos, mercados o licitaciones. Ello les permite disponer de otras medidas de compensación, sin tener que efectuarse pagos entre sí que resulten altamente sospechosos.

Adicionalmente, la protección de los denunciantes que el proyecto de ley propone incorporar, no agrega un valor sustancial a lo actualmente existente en la ley, que ya se permite a la FNE decretar la reserva o confidencialidad de la identidad un denunciante. Un avance significativo podría haber sido otorgar incentivos para que los individuos reporten

carteles, incorporando así un mecanismo de recompensas, como el existente en Corea del Sur, el Reino Unido, y que recientemente fue incorporado a Perú. Ello no deja de ser extraño, considerando que el proyecto de ley paralelo que se introducirá para aumentar la persecución contra el uso de información privilegiada incorpora una recompensa a los denunciantes de entre un 10% y un 30% de la multa aplicada, con un tope máximo de 25.000 Unidades de Fomento (aproximadamente 700 millones de pesos).

Si bien este sistema de recompensas se basa seguramente en el existente en la Comisión de Valores y Bolsas de los Estados Unidos (SEC, por sus siglas en inglés), en el que ha resultado muy exitosa, no se observan razones para excluirla como herramienta para perseguir también los carteles, considerando su existencia en otras partes del mundo.

Por otro lado, el aumento de las sanciones de cárcel para ciertos carteles no parece necesario, dado que las sanciones criminales fueron recientemente reintroducidas por la ley 20.945 de 2016, sin que exista ningún caso hasta la fecha.

Finalmente, existen medidas mucho más efectivas que se podrían haber incorporado a la ley chilena, que podrían fortalecer las facultades investigativas de la FNE, y que van en línea con las recomendaciones de la OECD. En particular, en relación al programa de delación compensada, a fin de perfeccionar dicha herramienta, que es considerada la más efectiva para la persecución de los carteles.

Por ejemplo, el Decreto Ley N° 211 exige que la FNE individualice en su requerimiento a cada interviniente del cartel que acceda a los beneficios de la delación compensada. Sin embargo, la identificación de todas las personas que hayan participado en la conducta ilícita es una carga excesiva para el postulante, tal como lo ha reconocido el International Bar Association y el American Bar Association⁵. Por ello, en otras jurisdicciones la delación compensada abarca a todos los trabajadores actuales y pasados del postulante.

Esta individualización puede desincentivar considerablemente la utilización del mecanismo, atendida la existencia actual de sanciones penales para las personas naturales que participen en el cartel, por el temor de la empresa

⁵ Lo anterior, con ocasión de las opiniones vertidas por ambas asociaciones en la consulta pública efectuada por la FNE para modificar su guía de delación compensada. Véase https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_comments_20150227chile.pdf y <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=2FBB0ED8-CB09-4916-BBA5-96324ED9A144>

de dejar desprotegido a alguien cuya participación no se haya tenido conocimiento al momento de postular.

Por otra parte, otro desincentivo considerable que se observa en Chile para someterse al régimen de la delación compensada es la utilización de la información aportada por el delator en acciones de indemnización de perjuicios interpuestas posteriormente en su contra. Lo anterior, considerando que es el mismo TDLC a quien le corresponde hoy conocer de las acciones indemnizatorias.

Si bien es indispensable que el delator repare los perjuicios ocasionados por su participación en la conducta anticompetitiva, a nivel comparado se establecen disposiciones para evitar que la información aportada sea utilizada en su contra o para limitar su responsabilidad exclusivamente a los perjuicios por él ocasionados (excluyéndolo así de la responsabilidad solidaria de los daños, o limitando los daños por los cuales debe responder). Pero, además, la confidencialidad de la información aportada también debe ser protegida en la decisión infraccional, de manera que esta no sea usada en otras jurisdicciones donde no existe una protección similar, o donde el delator no haya sido su beneficiario.

También requiere la ley chilena disposiciones destinadas a facilitar el acceso a información digital. Por ejemplo, podrían introducirse medidas que permitan a la FNE obtener información que esté en poder de terceros proveedores de servicios de internet, o que esté almacenada en servidores extranjeros. Estas facultades serían mucho más útiles que el alzamiento del secreto bancario propuesto por el proyecto de ley.

En consecuencia, a pesar de que el proyecto presentado por el Gobierno va en línea con algunas de las recomendaciones de la OECD, difícilmente logrará su objetivo de fortalecer la investigación y persecución de los carteles. Desde el año 2009 que el sistema de ley chileno está consolidado, pero está lejos de ser perfecto. Reformas destinadas a aumentar la acción persecutoria de la FNE son siempre bienvenidas; sin embargo, existen necesidades más imperiosas que las propuestas en el referido proyecto de ley.