

DISCURSO INAUGURACIÓN SEMINARIO LEY N° 20.945, QUE PERFECCIONA EL SISTEMA DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

I

Señor Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Profesor Davor Harasic; Señor Senador don Felipe Harboe; Señor Senador don Hernán Larraín; Señor Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia don Enrique Vergara; Señores Ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, doña María de la Luz Domper, don Eduardo Saavedra, don Javier Tapia y don Jaime Arancibia; Señor Fiscal Nacional Económico don Felipe Irrarázabal; Señoras y Señores Académicos, amigas y amigos:

Me es muy grato compartir con ustedes una especial alegría y satisfacción al inaugurar este Seminario, que constituye la primera instancia de análisis en profundidad acerca de la Ley N° 20.945, que Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia, la cual ha sido recientemente promulgada por S.E. la Presidenta de la República y publicada en el Diario Oficial.

Quisiera aprovechar esta oportunidad para agradecer el excelente trabajo efectuado por el Congreso Nacional y, especialmente, la acuciosa labor desempeñada por la Comisión de Constitución del Senado en la tramitación de la Ley.

Esta mañana escucharemos distintas miradas en torno a la Nueva Ley. Miradas desde la política, desde la institucionalidad de libre competencia y desde la academia. Si bien tendremos la oportunidad de oír opiniones diferentes pronunciadas desde ópticas distintas, estamos seguros que a todas ellas las une una visión compartida acerca de la tremenda importancia que tiene la defensa de la libre competencia en el presente y el futuro de Chile.

En esa misma línea, para el Gobierno de la Presidenta Bachelet, el fortalecimiento de nuestro sistema de defensa de la libre competencia ha sido una preocupación constante. Recordemos que en su Gobierno anterior se promulgó la Ley N° 20.361, que dotó a la Fiscalía Nacional Económica de herramientas decisivas que han permitido desbaratar carteles que han afectado gravemente diversos mercados.

Sabemos que la competencia es el motor que mueve a la economía social de mercado.

Estamos conscientes que la competencia genera beneficios tangibles tales como empresas productivas y emprendedores innovadores con mayor posibilidad de concretar sus ideas, lo cual redundará en que los consumidores puedan acceder a bienes y servicios de mayor calidad y variedad al menor precio posible.

Creemos firmemente en que políticas públicas basadas en la competencia constituyen un aspecto de capital importancia para que Chile pueda alcanzar el desarrollo económico y social.

Por ello es que en marzo de 2015 ingresamos al Congreso Nacional un Proyecto de Ley que propuso dotar a nuestro sistema de defensa de la libre competencia de nuevas facultades y atributos que lo pusieran a la altura de las jurisdicciones más destacadas en la materia.

La Ley N° 20.945 es una reforma integral que estamos seguros que contribuirá a dinamizar nuestros mercados a fin de estimular el emprendimiento y la innovación. En ella se han recogido las mejores prácticas de la OCDE, así como algunas de las recomendaciones formuladas por la Comisión de Expertos convocada por la Administración pasada. Puedo decir claramente que tras esta Ley hay una mirada país. Fruto de ello, fue tramitada con notables consensos en el Congreso Nacional.

Con esta Nueva Ley, el sistema de defensa de la libre competencia experimentará cambios sustanciales:

1) En primer lugar, la colusión dejará de ser un negocio para quienes se apartan de las reglas más básicas de funcionamiento del libre mercado, pues contaremos con sanciones efectivamente disuasivas para las empresas y ejecutivos que se coludan.

Se consideran multas con un límite máximo flexible de hasta el 30% de las ventas de la línea de producto o servicio involucrada en la infracción durante el tiempo que ésta se haya extendido o de hasta el doble del beneficio económico obtenido por el infractor; así como penas de presidio efectivas de a lo menos 1 año; inhabilidades para ejercer cargos de director o gerente en empresas públicas o privadas o en asociaciones gremiales o profesionales; y la prohibición de contratar con órganos de la administración del Estado, el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado por hasta 5 años.

2) En segundo lugar, las víctimas de conductas anticompetitivas podrán acceder de forma más oportuna a ser compensadas de los daños que los infractores les hayan causado.

Ciertamente, esta materia era una asignatura pendiente en nuestro sistema. En la Nueva Ley se ha contemplado expresamente la aplicación de las acciones para proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores como un modo más eficiente para reclamar las indemnizaciones de perjuicios. Por otra parte, se dispone que sea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia quien resuelva las acciones de indemnización de perjuicios, lo cual constituirá un gran avance que permitirá acelerar los tiempos en que las víctimas podrán ser compensadas.

3) En tercer lugar, los riesgos anticompetitivos que generan las operaciones de concentración o fusiones podrán ser supervisados de forma oportuna y eficiente y, a su vez, las empresas contarán con la certeza necesaria para desarrollar grandes proyectos de negocios.

Para estos efectos, se establece un control preventivo y obligatorio de fusiones, abordándose una de las deficiencias más claras de nuestro sistema respecto del derecho comparado, tal como lo consignó el detallado Informe de la OCDE en esta materia.

4) En cuarto lugar, la Ley contempla dos instituciones que enfrentan de manera directa los riesgos que generan los vínculos a nivel de ejecutivos o de capital entre empresas competidoras.

Por una parte, se incorpora la prohibición de la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas no constituya una empresa de menor tamaño. Esta conducta, conocida como *interlocking* horizontal, genera evidentes riesgos anticompetitivos, especialmente de coordinación, que merecen ser erradicados.

Por otra parte, se regula un fenómeno que puede poner en riesgo la libre competencia en los mercados y que pone a la legislación chilena a la vanguardia en la materia. Las participaciones cruzadas que tenga un competidor en otro pueden tener un impacto en la independencia con que los competidores deben adoptar sus decisiones. La Ley establece que todas las participaciones cruzadas que superen el umbral del 10% del capital sean informadas a más tardar dentro de 60 días después de su perfeccionamiento a la Fiscalía Nacional Económica, quien podrá oportunamente instruir investigaciones para comprobar si infringen la libre competencia.

También se regulan aquellas participaciones cruzadas que están actualmente en curso. Existirá un deber de informar a la Fiscalía Nacional Económica respecto de ellas a más tardar 180 días desde la publicación de la Ley en el Diario Oficial.

5) En quinto lugar, tendremos cambios fundamentales en la forma en que como país llevamos a cabo la política de competencia. La nueva facultad de estudiar la evolución competitiva de los mercados, permitirá que la Fiscalía Nacional Económica, en forma permanente y con la información adecuada proveniente tanto de agentes privados como de organismos públicos, pueda analizar el grado de competencia existente en los mercados y detectar las fallas que existen al interior de los mismos, efectuando propuestas de política pública para subsanarlas.

Al igual que las agencias de competencia más destacadas del mundo, como la Federal Trade Commission de EE.UU. y la Competition and Markets Authority de Reino Unido, la Fiscalía Nacional Económica podrá aumentar en forma exponencial su contribución para que podamos contar con mercados cada día más competitivos.

6) Por último, la Ley contempla algunas normas de carácter institucional y procedimental, dentro de las cuales merece ser destacada la dedicación exclusiva de los ministros titulares del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Este cambio responde a la exigencia de mayor probidad e imparcialidad en las distintas funciones públicas, y es un aspecto en el que decididamente hemos estado avanzando durante el último tiempo, tanto el Ejecutivo como el Congreso Nacional.

II

Uno de los ejes de esta Nueva Ley, y sin lugar a dudas el que más presencia política y mediática ha concitado, es la criminalización de la conducta anticompetitiva más grave, que es la colusión.

Sancionar con penas de cárcel e inhabilidades aquellos acuerdos que involucren a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, era una necesidad imperiosa para nuestros mercados.

Hemos cumplido la tarea. No cabe duda que la colusión será sancionada de la manera que corresponde en relación con el daño que genera, no sólo a nuestros mercados, sino que también a nuestra democracia.

Los recientes casos de colusión de los cuales todos hemos sido testigos, y que han surgido gracias al trabajo silencioso pero efectivo de la Fiscalía Nacional Económica a través de las herramientas que le confirió la Ley N° 20.361 dictada durante el Gobierno anterior de la Presidenta Bachelet, han puesto el foco en el urgente desafío de proteger la confianza de la ciudadanía en la economía social de mercado, que se ha visto fuertemente quebrantada.

Estamos convencidos que las sanciones que esta reforma incorpora constituirán un disuasivo justo, a fin de otorgar un poderoso mensaje a quienes pretendan abusar de la confianza de los consumidores y emprendedores en la economía social de mercado.

III

A partir de los últimos casos que han surgido a la luz pública, hemos sido testigos de la enorme complejidad que implica perseguir una colusión. Quienes se coluden, lo hacen de la forma más sofisticada posible para no dejar rastro de su accionar, e incluso optan por destruir y hacer desaparecer la prueba del acuerdo.

Para lograr una persecución real y eficaz del delito de colusión necesitamos de un diseño institucional especializado, que sea capaz de hacer frente a los múltiples obstáculos que plantean los coludidos. En esta materia, es clave fortalecer el principal mecanismo de detección de los carteles, que es la delación compensada.

La Ley ha sido fruto de un largo análisis y un acucioso trabajo, donde se escuchó a todos los actores involucrados. De esta manera, se ha creado un diseño institucional para investigar y sancionar el delito de colusión que contempla 3 dimensiones:

1) Secuencialidad

La Ley establece que la acción penal sea ejercida a través de una querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica, quien solo podrá interponerla en la medida en que exista una sentencia condenatoria firme del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, es decir, confirmada por la Corte Suprema.

Este diseño asegura el buen funcionamiento de la delación compensada, que es la herramienta indispensable para detectar y sancionar una colusión. Asimismo, evita roces institucionales entre los organismos especializados de defensa de la libre competencia y el Ministerio Público, otorgando las garantías necesarias

para que en los casos que más gravemente atentan a la libre competencia, los involucrados sean sancionados.

Este diseño recibió un sólido respaldo de todos los actores involucrados en la tramitación. La Fiscalía Nacional Económica, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia e incluso el Ministerio Público prestaron su apoyo a la secuencialidad de los procesos.

Como consta en la Historia Fidedigna del Establecimiento de la Ley, el Fiscal Nacional del Ministerio Público, Sr. Jorge Abbott, afirmó ante la Comisión de Contitución del Senado que “el Ministerio Público se ha allanado en la discusión de esta iniciativa a no ejercer sus atribuciones durante el lapso que dure el proceso infraccional previo, pues entiende que se trata de un asunto técnico que debería quedar en manos de las instancias más especializadas”.

De esta manera, se generó un consenso en el Congreso Nacional en cuanto a que la secuencialidad era la mejor alternativa para lograr una persecución real y eficaz del delito de colusión.

Con ese mismo fin, la Ley contempla reglas adicionales para asegurar el éxito de la persecución penal. En caso que se continúe con el proceso penal posterior, la Ley exige que los delatores deban colaborar con el Ministerio Público, aportándole los mismos antecedentes que entregaron a la Fiscalía Nacional Económica. Asimismo, el Ministerio Público podrá aprovechar los antecedentes recabados por la Fiscalía Nacional Económica lo que, en los hechos, fortalecerá la investigación y acelerará los tiempos para obtener una condena. Por último, se contempla una regla especial para el cómputo del plazo de prescripción de la acción penal: 10 años contados desde que se encuentre firme la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

2) Ejercicio de la acción penal

Para lograr una persecución penal real y efectiva se requiere coordinación entre los distintos entes persecutores. La colusión es un delito de difícil prueba. Sólo el actuar coordinado de la Fiscalía Nacional Económica y del Ministerio Público permitirá desbaratar carteles.

Como Ejecutivo consideramos que la decisión de dar inicio a la persecución penal debía ser fluida, estando entregada a un solo ente persecutor. Si bien era un tema debatible a quién debía corresponderle el ejercicio de la acción penal, lo que en nuestra opinión resultaba sensato a fin de no entorpecer la persecución penal del delito de colusión era no generar híbridos ni controles jurisdiccionales en esta materia, pues lo que harían sería debilitar la acción penal y facilitar la vida a quienes se coluden.

En consecuencia, planteamos que fuera la Fiscalía Nacional Económica quien diera inicio al proceso penal a través de la interposición de una querrela. Siempre estuvimos convencidos que éste era el mecanismo más eficiente para asegurar una persecución penal real y efectiva. Afortunadamente, esta idea tuvo una amplia acogida en el Congreso Nacional.

3) Discrecionalidad reglada en el ejercicio de la acción penal

La Nueva Ley establece dos reglas que tienen por finalidad garantizar que los carteles que causan daños de gran magnitud a nuestra economía serán perseguidos penalmente.

La primera regla consiste en que la Fiscalía Nacional Económica tiene el deber de querellarse en aquellos casos en que se comprometa gravemente la libre competencia en los mercados.

En los demás casos, la Fiscalía Nacional Económica siempre tendrá la posibilidad de querellarse en la medida que lo estime conveniente para la defensa de la libre competencia en los mercados. La Fiscalía Nacional Económica deberá emitir una decisión fundada en caso que decida no formular querrela.

La segunda regla establece que la interposición de la querrela o la decisión de no formularla deberá tener lugar a más tardar en el plazo de seis meses contado desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Gracias a la secuencialidad establecida en la Nueva Ley, que exige el pronunciamiento previo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Corte Suprema sobre la infracción, la decisión que debe adoptar la Fiscalía Nacional Económica estará sujeta a criterios de evaluación totalmente públicos y transparentes, contenidos en las sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Corte Suprema, acerca de la gravedad de la conducta.

La gravedad es un concepto que tiene un desarrollo importante en la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Corte Suprema en estas materias.

La Ley de Defensa de la Libre Competencia dispone que para determinar el monto de las multas es necesario que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema tengan en consideración la gravedad de la conducta. La jurisprudencia de ambos tribunales es profusa en ejemplos que dan cuenta de infracciones de la más diversa gravedad, lo cual se correlaciona con las multas que finalmente son impuestas.

Recordemos que en el marco de esta Nueva Ley, el Congreso Nacional ha reformado el límite máximo de las multas para los carteles, pasando desde un

tope máximo fijo de 30.000 UTA a un límite máximo flexible de hasta el doble del beneficio económico obtenido por el infractor o de hasta el 30% de las ventas de la línea de productos o servicios asociada a la infracción, considerándose en ambos casos todo el período durante el cual la colusión se haya extendido.

De esta manera, la gravedad como factor para determinar el monto de la multa cobrará aún mayor relevancia, lo que obligará al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Corte Suprema a fundar en forma mucho más precisa su sanción.

IV

Estamos convencidos que esta Ley avanza decididamente en la lucha contra los carteles y en la generación de mercados más competitivos. Estas reformas, más los avances de los años 2003 y 2009, nos dejan con un sistema de defensa de la libre competencia de primer nivel para la detección y sanción de las prácticas anticompetitivas.

Quisiera culminar esta intervención, manifestando una sincera satisfacción de que el trabajo que hemos realizado nos permite contar hoy con una institucionalidad moderna, dotada del capital institucional y humano adecuados para permitir que los mercados de Chile funcionen al ritmo vertiginoso que impone la competencia y no al compás de aquellos inescrupulosos que pretenden beneficiarse con la supresión de la misma.

Esta Ley representa nuestra vocación como Gobierno por encontrar acuerdos en materias de suma importancia para el país. Se trata de una respuesta contundente desde el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo para generar credibilidad en las instituciones, para velar por la confianza de los consumidores en la economía de mercado.

Tengo la profunda convicción de que el mercado debe ser el principal asignador de recursos en una economía.

En la discusión que enfrentamos hoy en materia económica se ha señalado que es clave generar mayores niveles de confianza para retomar tasas de crecimiento más altas. Como Gobierno compartimos plenamente esa necesidad. Pero esa confianza no es solo entre las empresas y el Gobierno. Es también entre empresas, para que las empresas que quieren competir y hacer crecer sus participaciones de mercado no sientan que están limitadas. Es también entre consumidores y empresas, para que los consumidores no se sientan abusados y esperen del mercado los mejores productos y precios.

Esta nueva legislación da un paso decidido para generar la confianza necesaria para retomar esa senda.

Muchas gracias.