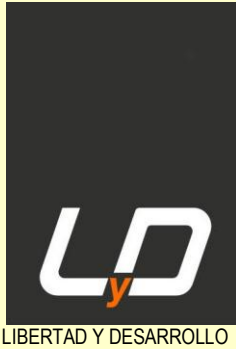


## NUEVA LEY DE COMPETENCIA: AJUSTES Y DESAFÍOS

- La competencia en los mercados ha demostrado ser un aspecto fundamental para el progreso social y económico del país, de ahí la relevancia de contar con una buena institucionalidad que vele por ésta.
- La ley recientemente aprobada modifica la regulación de competencia vigente, centrándose en materias de colusión y delación compensada, sanciones y el control obligatorio de fusiones. El desafío pendiente es lograr su adecuada implementación, dado que quedaron algunos aspectos pendientes que podrían diluir los efectos deseados.
- Es importante complementar la nueva legislación con un seguimiento permanente de las condiciones que imperan en los distintos mercados a fin de eliminar toda traba y/o barrera a la entrada que pueda limitar la competencia.

Si hay un consenso general en materia económica es la importancia que tiene la competencia en el progreso de los países. La competencia genera el incentivo necesario para que las empresas compitan en calidad, variedad y precio de sus productos y servicios a fin de atraer a una mayor cantidad de clientes, permitiendo de esta manera satisfacer de mejor manera las necesidades y preferencias de los consumidores. En ausencia de condiciones de competencia, ya sea por restricciones legales, estructurales o a causa de comportamientos de las propias empresas, no sólo se perjudica a los consumidores, sino también a los potenciales oferentes que quedan fuera del mercado, lo cual redundaría en un daño para el desarrollo económico del país y su competitividad en los mercados internacionales.

Es por ello que se requiere remover las trabas y obstáculos a la competencia, que no pocas veces se encuentran en intereses proteccionistas, actitudes anticompetitivas de las empresas incumbentes o en la propia normativa. Debe existir un trabajo continuo para detectar dichas barreras a fin de alentar la entrada de nuevos actores a los mercados y fomentar la sana competencia. Junto a lo anterior, es fundamental contar con una institucionalidad adecuada que permita perseguir y sancionar las conductas anticompetitivas. En esta área, Chile ha tenido importantes avances, particularmente con las reformas introducidas en los años



**Se requiere remover las trabas y obstáculos a la competencia, que no pocas veces se encuentran en intereses proteccionistas, actitudes anticompetitivas de las empresas incumbentes o en la propia normativa.**

1999, 2003 y 2009<sup>i</sup>, las que se vieron recientemente complementadas con la aprobación de esta nueva ley que fortalece el régimen de defensa de la libre competencia. Los principales temas que aborda esta última modificación son el sistema de sanciones, el mecanismo de delación compensada y el sistema de consulta de fusiones.

#### **PRINCIPALES CONTENIDO DE LA LEY APROBADA**

En materia de colusión, la nueva ley elimina como exigencia para su tipificación que el acuerdo confiera poder de mercado, cuando las prácticas concertadas involucren a competidores entre sí y consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, lo que constituiría un ilícito *per se* independiente de su efecto en el mercado.

Por otra parte, el proyecto reintroduce la sanción penal para el caso de colusión, con penas que van desde 3 años y un día hasta los 10 años, con prisión efectiva de a lo menos 1 año. Se establece además un sistema propio de graduación de la pena. Asimismo, contempla penas de inhabilitación para desempeñar determinados cargos por hasta 10 años<sup>ii</sup>.

Respecto a la delación compensada, se establece que en caso de participar en un acto de colusión se podrá excusar de la sanción de disolución de sociedades o personas jurídicas, además de eximir de la multa y de la responsabilidad penal por el delito de colusión a quienes primero aporten antecedentes a la FNE que permita acreditar la conducta y determinar a los responsables. Adicionalmente, el segundo delator podrá obtener una reducción de la multa de hasta un 50% y una rebaja de un grado en su pena si se cumplen los requisitos que la ley establece.

Las investigaciones criminales desarrolladas por el Ministerio Público respecto de este delito sólo podrán iniciarse una vez que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) haya determinado la existencia de colusión y la FNE se querelle ante el Juzgado de Garantía criminal que sea competente. La FNE estará obligada a querellarse en el caso que se tratare de hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados. La FNE tiene un plazo de 6 meses, contado desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva del TDLC para perseguir penalmente la infracción.

En cuanto a las sanciones, se cambia el monto máximo o techo de las multas aplicables por infracciones a la ley de la libre competencia. Desde ahora, las multas

por colusión u otras conductas anticompetitivas tendrán como monto máximo el doble del beneficio económico reportado por la infracción, o hasta el 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos y/o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya prolongado. Asimismo, en el caso que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el TDLC podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a 60.000 Unidades Tributarias Anuales (UTA). Se incorporaron también nuevas sanciones para los casos de colusión, como una prohibición de contratar con organismos estatales, así como la prohibición de adjudicarse concesiones otorgadas por el Estado.

Se implementa un nuevo control preventivo y obligatorio de fusiones u operaciones de concentración<sup>iii</sup>, a través de un sistema de notificación previa de éstas cuando superen ciertos umbrales definidos por la FNE. Para ello, se crea un procedimiento llevado a cabo ante la FNE con plazos definidos (30 días ampliables a 90 adicionales). La FNE podrá aprobar la operación sin restricciones, aprobarla sujeta a las condiciones o medidas de mitigación propuestas por las partes, o prohibirla en caso que ésta reduzca sustancialmente la competencia. Únicamente en este último caso las partes podrán solicitar su revisión al TDLC.

Se introducen además otras modificaciones como la posibilidad que las víctimas sean indemnizadas por los perjuicios que le ocasionan las infracciones a la libre competencia, las que serán definidas por el TDLC y se facilita el mecanismo para interponer demandas colectivas. Adicionalmente, se faculta a la FNE para solicitar información a particulares para la realización de estudios de mercado y se le entregan atribuciones para proponer al Presidente de la República adecuaciones legales y reglamentarias para efectos de fomentar la competencia en los mercados.

La reforma aprobada prohíbe también el *interlocking*, es decir, que una misma persona desempeñe simultáneamente cargos relevantes ejecutivos o directivos en dos o más empresas que compiten entre sí<sup>iv</sup>. A su vez, se establece la obligación de informar a la FNE la adquisición de más del 10% del capital de una empresa competidora. Por último, el proyecto introduce la posibilidad de aplicar sanciones penales a quienes dificulten o eludan el ejercicio de las atribuciones de la FNE, oculten información o ésta sea falsa. Se establecen también sanciones pecuniarias para quienes injustificadamente no respondan a las solicitudes de información de la FNE o no comparezcan a declarar.

**Las modificaciones aprobadas a la ley de libre competencia van, en general, en la línea correcta y responden a un diagnóstico transversal que se venía discutiendo hace algunos años.**

## DESAFÍOS DE LA NUEVA LEGISLACIÓN

Las modificaciones aprobadas a la ley de libre competencia van, en general, en la línea correcta y responden a un diagnóstico transversal que se venía discutiendo hace algunos años. De hecho, aspectos relevantes de la nueva ley habían sido recomendados por la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia el año 2012, con excepción de la reincorporación de la sanción penal para la colusión que generaba posiciones divididas. En todo caso, la percepción general es que los perfeccionamientos introducidos son un aporte a la legislación actual, aun cuando preocupan algunas definiciones pendientes que podrían complicar su implementación<sup>v</sup>.

El primer tema que complica es la introducción de la obligación de la FNE de querellarse en el caso que se tratare de hechos que “comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados”. La ausencia de estándares y criterios para determinar cuándo un delito de colusión es grave resulta compleja, puesto que abre una indeseable puerta a la arbitrariedad a la hora de iniciar la acción penal. Se vuelve imprescindible que sea el TDLC el que precise cuándo y respecto de qué conductas procede la acción penal, procurando evitar decisiones con estándares distintos o eventualmente influenciados por la presión que ejerce la opinión pública cuando se trata de casos mediáticos. Por otra parte, resulta fundamental que la acción penal sea ejercida con responsabilidad, de manera de no dañar la delación compensada, lo que dificultaría el descubrimiento y desbaratamiento de carteles.

También constituye un desafío importante que el TDLC pueda demostrar y cuantificar el daño causado por las conductas anticompetitivas para aplicar la multa. De lo contrario, se fijaría de acuerdo a las ventas, lo que no necesariamente es fiel reflejo del beneficio obtenido. El TDLC deberá además establecer mecanismos objetivos para definir los perjuicios asociados a la infracción a la normativa de libre competencia. Esta atribución quedó radicada en este organismo que no cuenta con presencia local y que requerirá desarrollar las herramientas técnicas para ejercer adecuadamente esta función. Sería deseable que, una vez definido correctamente el daño causado, ello sirviera como antecedente para eventuales demandas colectivas; sin embargo, esto queda supeditado a la modificación a la ley de derechos de los consumidores que aún está en trámite.

Por último, respecto del control obligatorio de fusiones, resulta fundamental que la FNE no fije umbrales demasiado restrictivos puesto que conllevaría a un uso excesivo de recursos y una burocracia innecesaria. Se debe velar por no entorpecer operaciones que mayoritariamente no constituyen una amenaza a la competencia en un mercado libre, evitando la pérdida de oportunidad de negocios perfectamente legítimos.

### CONCLUSIONES

La nueva ley de competencia viene a complementar un proceso de constante perfeccionamiento a la institucionalidad y regulación vigente. Es de esperar que una vez que se implementen los cambios contribuya a alentar la competencia en los mercados y no signifique una traba para operaciones de fusión o una politización/mediatización de los casos de colusión.

Junto a lo anterior, es importante mantener un trabajo continuo de seguimiento de los mercados que permita eliminar barreras de entrada y obstáculos a la competencia. Modernizar la regulación, eliminar restricciones y desburocratizar el sistema ayudaría enormemente a que distintos mercados puedan desplegar todo su potencial, mejorando la asignación de recursos y poniendo a disposición de los consumidores productos y servicios de mejor calidad y a menores precios.

---

<sup>i</sup>Se refiere a los ajustes introducidos al Decreto Ley 211 de 1973 a través de la Ley Nº19.610 (1999) que fortalece las atribuciones de la FNE; la Ley Nº19.911 (2003) que crea el TDLC; y la Ley Nº20.361 (2009) que entrega mayores herramientas para la persecución de carteles (como la introducción de mecanismo de delación compensada).

<sup>ii</sup>Cargos u oficios públicos, cargos de director o gerente en empresas del Estado, cargos de director o gerente en sociedades anónimas abiertas, así como cualquier cargo directivo en asociaciones gremiales o colegios profesionales.

<sup>iii</sup>Las operaciones de concentración consisten en todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos previamente independientes entre sí dejen de serlo, en cualquier ámbito de sus actividades. Dentro de ellas se comprende fusiones de empresas, tomas de control y adquisiciones de activos.

<sup>iv</sup>Siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las 100.000 UF en el último año calendario.

<sup>v</sup>Esta sección recoge los desafíos pendientes de la nueva legislación publicados en la columna “Ley de Competencia: la pelota está en la cancha” de Karin Moore de CLAPES y Susana Jiménez de LyD, Diario Financiero, 22 de julio de 2016.