

Inauguración Día de la Competencia

Discurso del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Tomás Menchaca

Estoy muy contento de participar en este Día de la Competencia que ya desde hace doce años organiza la Fiscalía Nacional Económica, y que se ha convertido en un referente en estas materias.

Hoy estamos en tiempos de bastantes cambios. Hay cambios estructurales en el sistema tributario, en educación, tal vez en el sistema de AFP, de Isapres, propuestas para reforma laboral... Hay bastantes cambios y en medio de estos cambios se plantea también memorar nuestra legislación de defensa de la libre competencia.

Ante ello, estimo que debemos preguntarnos cuántos cambios son necesarios y ese es el título que planteé para esta muy breve presentación. La verdad es que más que cuántos cambios -estamos prácticamente todos de acuerdo en que hay que hacer algunos-, es más bien qué tipos de cambios.

Debemos preguntarnos si estos cambios son perfeccionamientos necesarios a una institucionalidad joven que ya está dando sus frutos, como muy bien decía el señor Fiscal, o más bien pretenden cambiarla por una diferente que no sabemos si lo hará.

Nuestro actual sistema institucional, si bien es de los más antiguos de Latinoamérica –fue creado en una forma original en el año 1959 y el año 73 en una forma relativamente similar a lo que hay hoy-, pero que en realidad está establecido muy recientemente como se lo conoce hoy.

Recién el año 2003, con la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por la Ley 19.911, que crea el Tribunal, le confiere sus atribuciones, define mucho mejor que antes cuáles son las conductas sancionables, etc. Y este sistema fue nuevamente perfeccionado, y en forma muy adecuada, a mi juicio, el año 2009, cuando se fortalecieron las facultades de la Fiscalía Nacional Económica, precisamente ante un caso de cartel.

La institucionalidad se dio cuenta de que no tenía las herramientas para enfrentar casos complejo de cartel y se le otorgaron al Fiscal las más modernas

herramientas que existen en las jurisdicciones más avanzadas, como las denominadas facultades intrusivas, para efectuar allanamientos, incautación de bienes con asilo de fuerza pública, interceptación de comunicaciones, etc. Y además, se estableció un mecanismo que ha sido muy exitoso en el mundo para enfrentar los carteles, cual es el sistema de delación compensada.

Y todo ello ha dado frutos, ha permitido que la lucha contra los carteles que ha iniciado la Fiscalía Nacional Económica, investigando carteles, y el Tribunal sancionándolos, haya funcionado mejor.

Lo que se hizo el año 2003 y el año 2009 fue perfeccionar nuestro sistema, corregir defectos que éste tenía, pero sin alterarlo en su esencia ¿Y cuál es la esencia de nuestro sistema institucional? La esencia de nuestro sistema es un sistema que ha demostrado ser eficiente, que ha mostrado resultados, un sistema con una Fiscalía Nacional Económica con grandes facultades para investigar, que ejerce muy eficientemente -tal como se expuso brillantemente en la cuenta que acabamos de escuchar- y un Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que no puede investigar nada. No tiene facultades para actuar de oficio, salvo muy limitadas. Pero sí resuelve todos los asuntos de libre competencia con todas las garantías que da el hecho de que se trata de un tribunal especializado y un tribunal absolutamente independiente.

Es un diseño que, en cuanto diseño institucional, es brillante y no estoy hablando que sean brillantes quienes participamos en estas instituciones. Y es un diseño que está comenzando a dar resultados que todos podemos ver.

Hoy se habla de efectuar nuevas reformas al DL 211, lo cual parece claramente adecuado. Pero al respecto, creo que es importante, dado que aún no conocemos el proyecto, aunque recién nos acabamos de enterar y da la impresión de que va muy bien encaminado por lo que hemos escuchado.

Es fundamental -y en esto hay consenso en general en toda la sociedad- que al hacerlo no se destruyan las bases esenciales de este diseño institucional. Los especialistas están prácticamente todos de acuerdo en ello.

También hay consenso en cuáles son las principales materias que podrían perfeccionarse. Hay consenso que sistema de control preventivo de operaciones de concentración que opera en Chile utiliza un sistema que no fue pensado para ello, un procedimiento de consulta que probablemente es una herencia de las antiguas comisiones preventivas regionales y preventiva central.

También hay consenso en que se podría perfeccionar el sistema de multas y sanciones, estableciendo aquí un sistema en el que las multas guarden una mayor

proporción entre el tamaño de la empresa, las ventas, el daño causado o algún otro mecanismo, probablemente a través de un máximo relacionado con las ventas anuales de una empresa.

Y también, en relación con esto se ha hablado sobre lo que debe ocurrir con las personas naturales que participaron. ¿Se les deberá sancionar penalmente? ¿Qué hacer con ellos? ¿Cómo hacer para que ellos también se vean disuadidos de participar en estas conductas? La verdad es que para establecer una modificación que no afecte gravemente nuestro diseño constitucional, que está funcionando, es importante que si esas sanciones, si se establecen, también sean dentro del sistema administrativo en que participan la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal, fundamentalmente por ello se han planteado por muchos sistemas de sanciones personales adicionales a las que hoy existen.

Hoy existen sanciones personales. La misma multa que se puede aplicar a la empresa, se puede aplicar a las personas que participaron, lo cual incluso en algunos casos podría parecer excesivo. Sin perjuicio de que además puede considerársele a las personas naturales solidariamente responsables de la multa de la empresa. Está establecido en la ley, además, que esa multa no la puede pagar la empresa. Eso hoy existe y se podría agregar algún tipo de sanción personal adicional a las que hoy existen, como, por ejemplo, algún tipo de inhabilidades para ejercer cargos en directorios, cargos públicos, etc.

Pero esto en relación a que se ratifique y aclare definitivamente que las sanciones penales fueron eliminadas, como el Congreso dijo, como el mensaje del Proyecto de Ley en el gobierno del Presidente Lagos, dijo también que se eliminaban las sanciones penales al ilícito de colusión. Eso fue lo que dijo el Proyecto, eso fue lo que dijo la Ley. Pero no es lo que dice hoy la judicatura, aun cuando todavía no ha hablado.

Hay procesos penales basados en una antiquísima norma del Código Penal, que se siguen con posterioridad sobre los mismos hechos que han sido objeto de sanción por el Tribunal, lo cual trae diversos problemas jurídicos que muy brevemente trataremos de analizar.

Voy a referirme a dos grandes cambios en que hay un consenso bastante claro. Primero: respecto del control preventivo de operaciones de concentración. Es un hecho reconocido, en general, que nuestro sistema de control de operaciones de concentración podría ser perfeccionado. Sin embargo, es importante que este perfeccionamiento, esta regulación que debe pensar en hacer más eficientes los mercados, facilitar el proceso de consulta y hacerlo más expedito, lo importante es

que no termine entrabándolo o afectando el normal funcionamiento de nuestra institucionalidad.

Al respecto, en el informe que ya fue mencionado por el señor Ministro de Economía, efectuado por la OCDE, se hizo un muy buen diagnóstico de la realidad chilena. Se dice no es razonable que el criterio sustantivo para controlar operaciones de concentración sea el infraccional del Artículo 3° del Decreto Ley 211: “todo hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia será penado”, dice el Artículo 3°. Y ese es el criterio que debe regir para analizar operaciones de concentración si nos regimos por el procedimiento de consulta, actualmente en vigor.

Esto no es razonable. Las operaciones de concentración no deben ser percibidas tanto como casos, más como negocios normales que pueden tener efectos negativos o riesgos para la libre competencia. Operaciones de concentración, que por regla general son lícitas, pero que requieren ser revisadas cuando pasan de cierto umbral, para evitar que se creen estructuras que puedan ser perjudiciales para la libre competencia.

Y para ello, debe existir -dice el informe-, un procedimiento claro y específico, y debe ser claro cuál es este procedimiento. En Chile tenemos el problema de que hay diversos procedimientos. Hay operaciones de concentración ya perfeccionadas que se han conocido vía requerimiento o demanda. Otras, vía consulta.

No es razonable, dice la OCDE, que exista un *soft law* o regulación infralegal por parte de las agencias de competencia, de la Fiscalía y del Tribunal al mismo tiempo sobre la misma materia. A mi juicio, debiera aclararse cuál es la materia de cada cual. La Fiscalía probablemente respecto de los procedimientos internos y el Tribunal respecto de los criterios sustantivos en virtud de los cuales va a resolver en definitiva.

Otro tema que también se ha planteado, incluso hoy en el poco rato que llevamos escuchando hablar de libre competencia, es el problema de si deben existir sanciones específicas por el incumplimiento de condiciones. No es razonable que, como ocurre hoy, cuando alguien no cumple una condición haya que iniciar una nueva demanda, un nuevo requerimiento. Y por desgracia, además la ley dice que la demanda o requerimiento debe ser por infracción a la libre competencia y eso es lo que pedía recién el señor Fiscal que se aclare, porque no es razonable.

La ley no establece una cosa distinta, pero claramente eso no es razonable. Es absurdo que deba iniciarse todo un proceso de largo conocimiento por infracción a

la ley de libre competencia por un simple incumplimiento de medidas, que debiera ser sancionado casi como un simple desacato.

En materia de control preventivo de operaciones de concentración, existen sistemas voluntarios, obligatorios e híbridos. La OCDE propone un sistema obligatorio para Chile.

La verdad, es que todos tienen ventajas e inconvenientes y este no es el momento para analizarlas. Pero todos ellos, sea cual sea el sistema que se escoja, requiere de un procedimiento adecuado. Y ese procedimiento debe ser eficiente, transparente, predecible, colaborativo, específico para operaciones de concentración y también muy especialmente debe ser colaborativo. Debe permitir negociar condiciones muchas veces. El señor Fiscal acaba de decir que la Fiscalía tiene herramientas para negociar y yo estoy de acuerdo. Más fácilmente que en un procedimiento contencioso como los que existen hoy.

En general, en todo el mundo que existe control preventivo de operaciones de concentración, existe un sistema de dos fases. Una primera fase muy breve, en que se aprueban o ponen condiciones a operaciones de concentración no demasiado complejas ni riesgosas para la libre competencia. O son aprobadas simplemente o son condicionadas en forma muy sencilla en una simple negociación ante la autoridad, que en este caso razonablemente debería ser la autoridad administrativa.

Y una segunda fase, a la cual sólo pasa un muy pequeño número de operaciones de concentración, que requieren un análisis más profundo. La propuesta número uno del informe de la OCDE plantea que la fase primera sea ante la Fiscalía Nacional Económica, porque es la más adecuada para analizar una gran cantidad de operaciones y filtrar aquellas que requieren un análisis más profundo, más pormenorizado por la entidad que va a resolver, en definitiva, a su respecto.

Y una segunda fase ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Esto respeta plenamente nuestro actual diseño institucional que, como les decía, está dando sus frutos; es más eficiente, pues permite una revisión más rápida, una primera fase, una segunda y no una primera fase y segunda fase ante la Fiscalía, una tercera ante el Tribunal y probablemente una cuarta ante la Corte Suprema. Puede ser transparente, eficiente y predecible específicamente para operaciones de concentración y la gran duda es si puede ser o no colaborativo, si permitirá la negociación de condiciones.

A nuestro juicio sí, porque en la primera se puede negociar en la Fiscalía, al interior de la Fiscalía, y en la segunda también probablemente en la Fiscalía para ser presentada esa negociación, tal como ocurre hoy día en los procedimientos

contenciosos con los procesos de conciliación, para ser presentados esos acuerdos para aprobación ante el Tribunal.

Los costos y demoras de un sistema como el descrito serían mucho más bajos que uno con dos fases ante la Fiscalía y una ante el Tribunal y tal vez una cuarta fase ante la Corte Suprema y además, y esto es muy importante, mantendría incólume nuestro sistema de separación de funciones, que tan buenos frutos ha dado hasta ahora. Con unas funciones muy claras y muy fuertes para la Fiscalía y funciones muy claras y muy distintas a las de la Fiscalía para el Tribunal.

Y, por último, en relación al otro gran tema, del que se ha hablado mucho cuando se habla de reformar a nuestro sistema de libre competencia, es el tema de la sanción penal. ¿Debe sancionarse penalmente las infracciones a la libre competencia? En relación a esto hay dos temas, no uno.

El primer tema es si se puede y debe aplicar el tipo penal antiquísimo y del cual tanto se ha hablado. Todos los que están aquí saben de esto, así que no voy a referirme en detalle. ¿El tipo penal del artículo 285 del Código Penal debe aplicarse a la colusión? La verdad es que hay una discusión teórica respecto a si puede o debe aplicarse en su actual redacción al ilícito de colusión, pero no hay nadie que dude que eso lo único que trae son problemas. Está todo el mundo de acuerdo.

Hay discusión sobre si se aplica o no se aplica. Yo pienso que no, yo pienso que sin derogar nada no debiera aplicarse, porque fue derogado tácitamente el año 1973, cuando se estableció sanción penal y se pretende por algunos que resucitó esa norma ya derogada, justo cuando el gobierno dice quiero despenalizar. Lo despenaliza y resucita la norma.

Es un poquito raro. Yo no soy experto en derecho penal, así que no voy a hacer juicios al respecto, pero suena un poco extraño. Pero da lo mismo. Incluso los que creen que se aplica, están de acuerdo en que lo único que ha traído son problemas para la aplicación de la delación compensada, porque además la sanción que establece es muy baja, por lo tanto, en definitiva, esos procesos terminarían probablemente en una salida alternativa. En definitiva, no sirve y eso está bastante claro.

La pregunta segunda es, estando todos de acuerdo en que seguir aplicando esta norma antiquísima no pensada para ello no es bueno, veamos si se podría establecer una nueva sanción penal al ilícito de colusión que sí pueda conversar con el sistema de delación compensada. Pero incluso, si se mejora la norma que establezca una sanción penal, subsistirían diversos problemas jurídicos bastante fuertes.

Podrían darse juicios paralelos sobre los mismos hechos en contra de las mismas personas -afectándose el principio del *non bis in ídem*-, existiría el riesgo de sentencias contradictorias. Se desvirtuaría nuestro sistema institucional. Sería una cosa bastante extraña. Se agregaría una nueva institucionalidad completa a conocer de una misma conducta.

Tendríamos por un lado al Ministerio Público y jueces del crimen. Por otro lado, Fiscalía Nacional Económica y Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conociendo de lo mismo. Dos sistemas institucionales. Y lo más complejo es que, en general, la doctrina penal dice que cuando hay sanción penal y administrativa prima la sanción penal.

Es decir, probablemente la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal quedaríamos fuera de conocer estas conductas si son conocidas por el juez del crimen. Lo cual, obviamente no ha sido la idea del legislador.

Además, la tipificación general que existe para las conductas de libre competencia -que tiene que ser general precisamente porque las formas de infringir la libre competencia se van creando cada día y pueden ser muchísimas-, podría afectar también el principio de tipicidad, aquel que dice que *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

Incluso se planteó por algunos en alguna discusión legislativa que tendríamos que establecer un tipo penal algo al del Artículo 3° letra a, cambiemos la redacción. Pero la verdad es que si cambiamos las palabras para decir lo mismo, no cambia el tipo.

Por lo tanto, estimo que lo más eficiente para lograr una eficaz lucha contra los carteles es que se deje actuar a la institucionalidad de libre competencia en una materia que es aquella para cuyo conocimiento fue creada. Tenemos una Fiscalía Nacional Económica que está trabajando y está trabajando bien en estas materias, está presentando casos cada vez con mayor fundamentación, con mayor análisis técnico, cada vez más profundos ante el Tribunal. Tenemos un Tribunal que es un ente especializado, que fue creado especialmente para esto, que sabe de esto y, además, la posibilidad de sanción de carteles en sede administrativa es más fácil, no sólo por la especialización de las agencias (la Fiscalía y del Tribunal), sino también porque el estándar de prueba es más bajo. No se requiere probarlo más allá de toda duda razonable, estándar que es bastante más difícil de conseguir en casos de colusión en que normalmente la prueba es casi siempre indirecta.

Por ello, en lo personal me inclino por no penalizar la colusión, por todos los problemas que ya he mencionado. Por la falta también de especialización de esta otra institucionalidad, la de los jueces del crimen. En definitiva, creo que debemos

permitir que sean los entes especializados los que se dediquen a la lucha contra los carteles si queremos que esta lucha sea eficaz, que es lo que probablemente todos queremos. Es decir, como dice el muy antiguo refrán, pastelero a tus pasteles.

¡Muchas gracias!

Santiago, 11 de noviembre de 2014