El sistema de libre competencia está en peligro por razones políticas, alejadas de las técnicas. Los expertos advierten que es un error la intención de los diputados de que la titularidad de la acción penal contra quienes se coludieron no quede en manos del fiscal nacional económico, tomando en cuenta que esa es la única forma de que no se produzca duplicidad de procedimientos en el TDLC y en el Ministerio Público y que se resguarde el funcionamiento correcto de la delación compensada, máxima herramienta –si no la única efectiva- para desbaratar carteles.

**Expertos consultados por ESTRATEGIA advierten que es un error la intención de los diputados de que la titularidad de la acción penal contra quienes se coludieron no quede en manos del fiscal nacional económico, tomando en cuenta que esa es la única forma de que no se produzca duplicidad de procedimientos en el TDLC y en el Ministerio Público y que se resguarde el funcionamiento de la delación compensada, máxima herramienta –si no la única efectiva- para desbaratar carteles.**

## La Cancha Técnica

Tomás Menchaca, ex presidente del TDLC, manifiesta que la mejor fórmula es la indicada por el Gobierno y aprobada por el Senado, de esperar un fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y que la titularidad de la querella contra un cartel la tenga la FNE, que es el organismo especializado en la materia.

De lo contrario, estima Menchaca, habría juicios paralelos y contradictorios, la delación compensada se vería afectada y por tanto, la detección y castigo a los carteles estaría en riesgo. "No me parece correcto que se legisle solamente por razones políticas, preguntándose qué es lo que el público de la galería quiere oír, qué es lo que le gusta a éste, y no por elaborar un modelo eficiente y eficaz anticolusión a favor del país".

De la misma idea es María Elina Cruz, directora del Centro de Libre Competencia de la Universidad Católica, quien detalla que el TDLC, integrado por cinco personas expertas, puede determinar que no hubo colusión y en sede penal todo lo contrario, que sí hubo un cartel, si es que se lleva a cabo lo que quieren materializar los diputados en la Comisión Mixta del próximo miércoles.

"Entonces me pregunto: ¿quién se va a quedar con estos temas? ¿Para qué tenemos entes antimonopolio y gastamos plata como país en esto? Hay que recordar que la FNE cuenta con 80 funcionarios y es de lujo al igual que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Pero vemos por otro lado a un Ministerio Público sobrecargado de trabajo bastante complejo, que no toma los casos en variadas ocasiones, que deja a tanta gente libre en procesos de tipo económico. ¿En esas personas vamos a confiar nosotros esta institucionalidad que requiere labor altamente técnica?", indica Cruz.

La razón de este cambio es política, a su juicio, "porque el único argumento que pueden tener los parlamentarios para votar en contra de este artículo y rehacerlo, es que creen que así se van a ver mucho mejor, como diciendo a los coludidos que "¡No los dejaremos escapar de la cárcel!". Cuando lo que en realidad están haciendo es evitar que se detecten y pesquisen más casos de cartel al afectar a la delación compensada, con lo que nadie caería preso. Pero no les importa entrar en discusiones técnicas y profundas, ya que todo es para la palestra pública. Es una lástima, y ellos, que no poseen sentido común, están claros que es así".

Pedro Rencoret, abogado de Pellegrini & Cía, afirma que es razonable tener un modelo donde sea la FNE quien dirija la persecución penal, pues cuenta con los medios técnicos y conocimientos idóneos para ello. Mientras se mantenga autónomo e independiente, no hay un órgano mejor preparado para ir en contra de los casos de colusión. "De todas maneras, en la medida que el juicio penal se inicie después de que el TDLC haya dictado sentencia, se reduce la necesidad o el sentido de entregar exclusividad a la Fiscalía Nacional Económica sobre estas querellas. Eso sí, creo que sería un error entregar esta facultad penal al Ministerio Público". De la misma idea es el ex subfiscal nacional económico y actual jurista de Guerrero Olivos, Jaime Barahona.

Una alternativa intermedia, a entender de los expertos, radica en especificar en la ley que el fiscal nacional económico deberá sí o sí ejercer la acción penal cuando se califique que la infracción a la libre competencia por medio de una colusión es grave. Siempre tras un fallo del TDLC. El Ministerio Público no puede establecer esto, ya que no cuenta con los conocimientos para ello.

Por otro lado, está la posibilidad de que se deje la titularidad de la acción penal tanto en la FNE como en el Ministerio Público o en un órgano colegiado conformado por ambas entidades, pero los expertos recalcan que debe ser después de un fallo firme y ejecutoriado del TDLC para que no peligre la delación compensada.

## El Round Parlamentario

Por su parte, el senador Felipe Harboe, uno de los mayores impulsores del castigo con cárcel a la colusión, admite que el paralelismo de funciones entre el TDLC y el Ministerio Público puede afectar a la delación compensada. "Y si hacemos eso, no se van a poder identificar ni desbaratar los carteles, y por tanto no existirá acción penal. Una persona no se va a confesar con la FNE si es que ve estas posibilidades de criterios distintos y medios probatorios diferentes", en dos instancias paralelas.

Las declaraciones recientes del diputado Fuad Chahin, argumenta Harboe, "son absolutamente irresponsables y para la galería. Porque el Senado lejos de buscar la inmunidad -como dijo él- de los coludidos, lo que se ha hecho es aumentar las sanciones y las penas. Ahora el Gobierno deberá ordenar su propia casa de parlamentarios para no afectar el sistema de libre competencia".

Mientras que los diputados Daniel Farcas y Gabriel Silber arguyen por su lado que habiendo una acusación de la FNE por colusión, los antecedentes al menos tienen que llegar al Ministerio Público y este órgano debe decidir si se querella o no contra los implicados, siendo obligatorio en caso de afectarse bienes de primera necesidad para la población. Después de un fallo del TDLC podría ser uno de los puntos intermedios, aseguran.

¿Pero por qué surgió esta postura unánime de los diputados oficialistas a última hora? Una de las razones es el que denominan "bloqueo" de la FNE en el caso tissue a lo penal, al no entregar los antecedentes confidenciales obtenidos por la delación compensada de CMPC y SCA, con lo cual esta persecución terminó por abortarse. Y la otra, es intentar evitar formar otro SII más, que no se ha querellado contra todos los implicados en delitos tributarios, lo que ha sido criticado por el Ministerio Público en procesos como Penta, SQM y Corpesca.

## Los Otros Cambios Riesgosos

En lo relativo a la designación del Presidente del TDLC, el Senado optó por mantener el régimen de designación contemplado en la ley vigente. Ésta dispone que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sea lidera-

do por un abogado designado por el Presidente de la República de una nómina de cinco postulantes confeccionada por la Corte Suprema mediante concurso público de antecedentes. Y ya no será escogido por sus pares.

Lo anterior, para varios de los expertos en libre competencia, deja abiertos criterios políticos y no sólo técnicos para la designación del presidente del TDLC, el cual dependerá de los Gobiernos de turno. La independencia del ente antimonopolios estaría en entredicho.

En cuanto a las participaciones cruzadas entre competidores, el proyecto establece que todas las que superen el umbral del 10% del capital sean informadas a más tardar dentro de 60 días después de su perfeccionamiento a la FNE, quien podrá oportunamente instruir investigaciones para comprobar si atentan contra la libre competencia. La infracción a este deber será sancionada con multa que se determinará caso a caso por el TDLC.

Si bien se prohibirá el interlocking para empresas con ventas superiores a las 100.000 UTA, los expertos se preguntan la razón de que se deban informar todas las operaciones cruzadas entre competidores que superen el 10% accionario, considerando que muchas veces para contar con un director en otra sociedad puede bastar incluso con un 5% ó 7% de la propiedad del contendor.

Sobre el aumento del tope máximo de hipótesis de multa residual, el Senado optó por elevar el límite máximo de la hipótesis de multa residual por infracciones anticompetitivas (rige en el caso en que no se puedan determinar el 30% de las ventas ni el doble beneficio económico obtenido por el infractor), subiéndola hasta 60.000 UTA de las 30.000 UTA actuales.

El problema de lo anterior es que se corre el peligro de que en la mayoría de los casos se aplique la última opción de hasta 60.000 UTA de multa, quedando los castigos sin la disuasión efectiva que se busca. Más aún que medir las ventas de la línea de productos coludida o el beneficio de un cartel será objetado por las partes requeridas.

Felipe Irarrázabal, fiscal nacional económico.

Tomás Menchaca, ex presidente del TDLC.

María Elina Cruz, directora del Centro de Libre Competencia de la UC.

Jaime Barahona, ex subfiscal nacional económico y abogado de Guerrero Olivos.

Pedro Rencoret, abogado de Pellegrini & CIA.

Senador Felipe Harboe.

Diputados Daniel Farcas y Gabriel Silber.

Presidente del TDLC, Enrique Vergara.