

INFORME

Proyecto de ley que modifica el D.F.L. No. 1, de Economía, de 2005, referido al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC),

Boletín No. 4234-03.

Hedy Matthei Fornet
Asesor legislativo Senador Jovino Novoa V.

La Comisión de Economía del Senado revisó, durante el año 2008, una serie de indicaciones presentadas al proyecto de ley que modifica el D.F.L. No. 1, de Economía, de 2005, referido al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), Boletín No. 4234-03. Como resultado de esta revisión, se aprobaron varias indicaciones que mejoraron sustancialmente el proyecto de ley que había sido aprobado en la Cámara de Diputados.

A continuación se revisarán los temas más discutidos en la Comisión de Economía del Senado y la forma en que fueron resueltos:

A.- Atentado a la libre competencia

La Cámara de Diputados aprobó una modificación al artículo 3° de la ley antimonopolios, que describe y pone ejemplos de atentados a la libre competencia, de forma de considerar que atenta no sólo el que ejecute o celebre cualquier hecho, acto o convención que tenga por objeto impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, como dice la ley actualmente vigente, sino también el

que produzca el efecto de atentar contra la libre competencia.

La Comisión de Economía eliminó del texto del proyecto de ley esta proposición, aprobando para estos efectos indicaciones presentadas por los Senadores Novoa y García.

El senador Novoa fundamentó su indicación señalando que con la norma aprobada por la Cámara de Diputados se podría llegar al extremo y al absurdo de sancionar hechos, actos o convenciones realizados sin la más mínima intención de alterar la libre competencia pero que, por algún motivo que no se pudo siquiera prever, tuvieron como efecto este resultado.

Consideró fundamental que el tipo infraccional contemplado en la ley no fuera uno de meros resultados sino que considerara la intención con el que se realizó el hecho, acto o convención, cosa que hace el artículo 3° vigente.

B.- Independencia de los ministros integrantes del TDLC

La Ley sobre Libre Competencia faculta a los Ministros del TDLC para ejercer otras funciones, como por ejemplo, asesorías a empresas y litigar ante otros tribunales. Esta facultad ha sido criticada puesto que

puede afectar la debida independencia con la que deben actuar los Ministros. Para solucionar este problema, la Cámara de Diputados dispuso en el proyecto de ley que el cargo de Ministro del TDLC fuera de dedicación exclusiva, compatible sólo con la docencia.

Lamentablemente, esta solución presenta otros problemas, siendo el más grave la posibilidad que termine afectando la calidad profesional de los Ministros. Ello, debido a que los que estén dispuestos a ejercer el cargo, deberán renunciar a un parte importante de sus ingresos. Si bien se planteó la posibilidad de aumentar las remuneraciones de los Ministros, el Ejecutivo no estuvo dispuesto a hacerlo en forma importante. Además, es necesario guardar una relación entre la remuneración de estos ministros y la que obtienen los ministros de otros tribunales de justicia.

Por todo lo anterior, la Comisión de Economía del Senado llegó a la convicción de que la mejor forma de asegurar una adecuada independencia de los ministros del TDLC era a través de la creación de nuevas incompatibilidades e inhabilidades para ejercer el cargo.

De esta forma, se agregó como incompatibilidad para ejercer el cargo de ministro titular o suplente, la condición de asesor o prestador de servicios profesionales, en materias que digan relación con la libre competencia, a personas naturales o jurídicas sometidas a la jurisdicción del Tribunal o sujetas a investigación por parte de la FNE.

En caso que presente esta condición, o algunas de las demás incompatibilidades consagradas en la ley actualmente vigente

(ser funcionario público o administrador, gerente, trabajador dependiente de sociedades anónimas abiertas o sometidas a las reglas de estas sociedades, como asimismo de sus matrices, filiales, coligantes o coligadas), deberán renunciar a ella antes del nombramiento. Asimismo, si en el ejercicio del cargo algún ministro asumiera la condición de asesor o prestador de servicios profesionales en materias de libre competencia, deberá renunciar a la asesoría.

En un principio, se pretendió establecer, también como causal de incompatibilidad, la condición de asesor o prestador de servicios profesionales a las personas señaladas anteriormente, cualquiera sea la materia en la que las asesore. Los miembros de la Comisión de Economía del Senado decidieron, sin embargo, establecer esta condición sólo como causal de inhabilidad para conocer la causa en que son partes las personas asesoradas. Ello, por cuanto haberla dejado como causal de incompatibilidad habría significado una especie de dedicación exclusiva al cargo.

C) Independencia de la FNE;

El proyecto de ley también busca fortalecer la independencia y la eficiencia de la Fiscalía Nacional Económica, (FNE), por lo que modifica el sistema de nombramiento y remoción del Fiscal Nacional Económico y otorga a la FNE mayores atribuciones.

1.- Nombramiento y remoción del Fiscal Nacional Económico:

La ley antimonopolios actualmente vigente consagra el cargo del Fiscal Nacional

Económico como uno de la exclusiva confianza del Presidente de la República.

Tanto en la Cámara de Diputados como el Senado hubo acuerdo en la necesidad de contar con un Fiscal Nacional Económico independiente, para lo que era necesario establecer un sistema de nombramiento y remoción distinto, que no dependiera enteramente de la voluntad del Presidente de la República.

De esta forma, el proyecto aprobado en la Cámara de diputados establece que el Fiscal deberá ser nombrado por el Presidente de la República mediante el proceso de selección de altos directivos públicos previstos en el párrafo 3º del Título VI de la ley NO. 19.882, (Alta Dirección Pública), sistema que fue confirmado por la Comisión de Economía del Senado.

El sistema de remoción propuesto por la Cámara, sin embargo, dispuesto por el Presidente de la República, con el informe favorable del Consejo de Alta Dirección Pública, fue modificado en el Senado, exigiendo que sea dispuesta por el Presidente de la República, en caso de negligencia manifiesta o incapacidad, con el informe favorable de la Corte Suprema y a requerimiento del Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción. El informe favorable de la Corte Suprema deberá ser emitido por el pleno de la Corte, especialmente convocado al efecto, y reunir el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio.

Las razones por las cuales el Senador modificó el sistema de remoción fueron que no aparecía cómodo para el ente que había propuesto un nombre para ejercer el

cargo, después removerlo por negligencia o incapacidad, puesto que implicaba reconocer haber efectuado una mala propuesta.

Por otra parte, el Senado prefirió, para asegurar una mayor independencia del Fiscal, que en la remoción participara otro de los poderes del Estado, en este caso, el poder judicial.

2.- Nuevas atribuciones para la FNE:

En el proyecto de ley se contemplan nuevas atribuciones para la FNE con el objeto de asegurar una mayor eficiencia y autonomía en la realización de sus labores. Entre las facultades que contemplaba el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, sin embargo, se encontraban algunas que el Senado consideró discrecionales, excesivas y que podía dar lugar a abusos, como por ejemplo, la de realizar indagaciones preliminares, solicitar información a entes públicos y privados para realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados, adoptar medidas para asegurar la transparencia de los mercados, formular recomendaciones a particulares para que se abstengan de ejecutar ciertos actos, etc. Este tipo de facultades fueron eliminadas por la Comisión de Economía del Senado.

La Comisión de Economía consideró necesario mantener otras facultades, como las de solicitar autorización a la justicia ordinaria para entrar a recintos públicos, registrar e incautar objetos y documentos, autorizar la interceptación de comunicaciones, etc., para asegurar la mayor eficiencia posible en el ejercicio de sus funciones. No obstante ello, realizó un

minucioso análisis de la facultad e introdujo una serie de modificaciones a la forma en que ésta se otorgaba y ejercía, con el objeto de no afectar derechos fundamentales de las personas.

El proyecto aprobado por la Cámara de Diputados exigía:

- autorización del Ministro de Corte de Apelaciones respectiva;
- que se tratara de casos graves y calificados de investigaciones de conductas de colusión;
- que la medida se llevare a cabo conjuntamente con Carabineros o la Policía de Investigaciones, pero bajo la dirección del funcionario de la FNE que indique la solicitud;
- la sujeción a una serie de normas garantistas contenidas en el Código Procesal Penal.

La Comisión de Economía del Senado agregó nuevas exigencias al ejercicio de esta facultad.

En primer lugar, estableció una doble evaluación de la procedencia de la facultad, debiendo el Fiscal solicitar autorización al TDLC para recurrir a la Corte de Apelaciones.

En segundo lugar, estableció que el Ministro de Corte de Apelaciones sólo podrá otorgar la autorización verificando la existencia de antecedentes precisos y graves acerca de la existencia de prácticas colusivas. Además, dichos antecedentes deben ser recolectados durante la investigación y en forma previa a la solicitud.

En tercer lugar, se exige al Ministro de la Corte de Apelaciones que especifique con

precisión, al otorgar la autorización, la singularización de las medidas, el término de tiempo por el cual podrán ejercerse y las personas a las que dichas medidas pueden afectar.

En cuarto lugar, se establece que en caso que la Fiscalía no cumpla con alguno de los requisitos o formalidades exigidos, los afectados podrán reclamar ante el Ministro de Corte de Apelaciones que autorizó la medida, quien deberá resolver de forma inmediata, en una sola audiencia, sin forma de juicio y oyendo a las partes.

En quinto lugar, se estableció que los resultados de estas actuaciones no podrán ser utilizados como medios de prueba en el procedimiento ante el TDLC, cuando el desempeño o ejercicio de ellas hubiere tenido lugar fuera de los supuestos establecidos en la ley o cuando no se hubieren cumplido los requisitos previstos para su procedencia y hubiere sido declarado así por el Ministro de Corte de Apelaciones.

Tampoco podrá utilizarse la información obtenida en virtud del ejercicio de estas facultades en otras investigaciones, salvo que medie una nueva autorización judicial, la que deberá otorgar el TDLC y la Corte de Apelaciones.

En sexto lugar, se aumentaron las disposiciones del Código Procesal Penal que deberán respetarse tanto para el otorgamiento de la autorización como para el ejercicio de la facultad.

En séptimo lugar, se prohíbe a la Fiscalía interceptar las comunicaciones entre el sujeto investigado y aquellas personas que, por su estado, profesión o función

legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado.

D.- Criterios para determinar el monto de la multa

El artículo 26 de la Ley sobre Libre Competencia establece una serie de criterios que, entre otros, debe considerar el TDLC para aplicar una multa. Estos son: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la **conducta** y la calidad de reincidente del infractor.

En el proyecto aprobado en la Cámara de diputados se agregaron dos criterios nuevos: el daño causado a la libre competencia y la capacidad económica del infractor. Ambos fueron eliminados en la Comisión de Economía del Senado. El primero, debido a que estaría incluido en otro de los criterios: “la gravedad de la conducta”. El segundo, debido a que representa un criterio redistributivo que nada tiene que ver con la responsabilidad infraccional.

La Comisión de Economía agregó, sin embargo, el siguiente criterio nuevo: “para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación”. Ello, por la razón que se explica en el punto siguiente.

E.- Principio de oportunidad

El artículo 41 de la ley actualmente vigente establece la obligación de la FNE de investigar toda denuncia que reciba, con la sola condición que se trate de actos que

puedan importar infracción a las normas de la ley sobre libre competencia.

Ello ha significado a la FNE pérdidas de tiempo y de materiales innecesaria. En efecto, no tiene sentido abrir investigaciones respecto de todas las denuncias, ya que algunas son hechas claramente con la intención de perjudicar a un tercero; otras son claramente falsas; otras requerirían la inversión de altísimos costos con escasas posibilidades de éxito; etc.

Durante las conversaciones que se mantuvieron con el Ejecutivo, surgió la idea de reemplazar esta obligación por el llamado “principio de oportunidad”, en virtud del cual se permite a la FNE cierta libertad para determinar cuales causas investigar y cuales no. Ello, obviamente, a criterios fundados.

Así, se agregó al artículo 41 la facultad de la Fiscalía para determinar si corresponde investigar o desestimar las denuncias que se formulen. Con el objeto de facilitar esta determinación, se faculta además a la FNE para solicitar a particulares la entrega de ciertos antecedentes. Lo importante a destacar respecto de esto último, sin embargo, es que se dejó claramente establecido que la entrega de la información es voluntaria y que ella sólo puede ser utilizada por la FNE para el caso respectivo, esto es, no puede iniciar una investigación distinta en base a esta información.

Naturalmente, toda la información obtenida queda bajo la obligación de reserva que tienen los funcionarios de la FNE y las normas generales de responsabilidad tanto

de los funcionarios de la FNE como la subsidiaria del Estado.

Por último, se consideró positivo, como incentivo a entregar la información que solicite la FNE, que ello fuere causal de disminución de la multa que se pudiere aplicar como resultado de la investigación.

F.- Delación compensada

En el proyecto de ley se propone incluir a la ley antimonopolios la figura de la delación compensada, en virtud de la cual se beneficia con la reducción o exención de la multa a una persona que ,habiendo ejecutado una conducta de colusión o prácticas concertadas, aporte a la FNE antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.

La Comisión de Economía del Senado perfeccionó esta figura, impidiendo al organizador de un cartel obtener el beneficio. Ello, por la necesidad de resguardar casos de entrapment (esto es, ofrecer la formación de carteles para después delatar al competidor).

También se eliminó la norma que facultaba a la FNE para obligar al delator a mantenerse en el cartel de forma de obtener más información. Ello, debido a que la autoridad no puede instigar a cometer un delito.

Conclusiones

Mediante el presente informe, se busca dar a conocer los avances que ha tenido el proyecto de ley que modifica la ley

antimonopolios. Se considera que la Comisión de Economía del Senado, entonces presidida por el Senador Vásquez e integrada por los Senadores Novoa, García, Flores y Pizarro, introdujo una serie de modificaciones que perfeccionaron en forma importante el proyecto de ley, por lo que se espera que el texto que propondrá a la Sala del Senado sea aprobado y posteriormente ratificado por la Cámara de Diputados.

