

NUEVA LEY DE COMPETENCIA DE CHILE

Nueva Ley de Competencia de Chile

La nueva ley de defensa de la competencia chilena trae consigo una serie de cambios, tanto sustantivos como procedimentales, que han sido fruto de la evolución natural del sistema actual; del clamor de la sociedad chilena por sancionar mejor y de forma más intensa a los agentes económicos y a las personas naturales que cometan infracciones anticompetitivas; de la necesidad de proporcionar mayor certeza jurídica respecto del análisis de operaciones de concentración; y del estudio de las mejores prácticas y más altos estándares del derecho de la competencia comparado, especialmente de los países que, como Chile, son miembros de la OCDE. En ese sentido, en términos generales y teniendo en consideración el bienestar de la competencia en los mercados, de los consumidores y del país, nos parece que la nueva ley de defensa de la competencia chilena es un avance sustancial en la dirección correcta.

PALABRAS CLAVE

Competencia, Derecho de la competencia, Colusión, Cárteles, Operaciones de concentración, Interlocking, Participaciones minoritarias, Ilícitos anticompetitivos, Riesgos anticompetitivos, Daños anticompetitivos.

New Chilean Competition Law

The new Chilean competition law comes with a series of changes, both material and procedural, that are the product of the natural evolution of the current system; the public outcry of Chilean society for better and harder punishment for the economic agents and persons who breach competition law; the need to provide legal certainty with regards to merger control; and of the study of the best practices and highest of standards of international competition law, particularly of those countries which, like Chile, are members of the OECD. In this sense, in general terms and considering the overall wellbeing of competition within the markets, of the consumers and of the country, we believe the new Chilean competition law represents a substantial move in the right direction.

KEY WORDS

Competition law, Antitrust law, Collusion, Cartels, Merger control, Mergers, Interlocking, Minority shareholders, Anticompetitive breach, Anticompetitive risks, Anticompetitive damages.

Fecha de recepción: 15-9-2016

Fecha de aceptación: 30-10-2016

INTRODUCCIÓN

(1) El martes 30 de agosto recién pasado se publicó en el *Diario Oficial* la Ley N.º 20.945 que *Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia*. La nueva ley modifica el Decreto Ley N.º 211 de 1973 («DL 211») que es el cuerpo normativo que contiene el derecho positivo de la competencia nacional y cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N.º 1, del año 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

Como su ilustrativo título adelanta, el nuevo cuerpo normativo es una modificación, en nuestra opinión, omnicompreensiva de diversos pilares del sistema chileno de competencia.

De un tiempo a esta parte, nuestro sistema de defensa de la competencia se había mostrado un tanto anacrónico a la hora de lidiar con situaciones que, en derecho comparado, han sido resueltas en forma razonable.

Hasta antes de la dictación de la nueva ley, algunas de las situaciones respecto de las que se podía prever la necesidad de una actualización y mejoras eran:

(i) *El tratamiento del ilícito colusorio*

En efecto, la existencia de colusión *per se* en el derecho de la competencia nacional no era un tema pací-

fico. De hecho, por un tiempo considerable se estimó que el acuerdo entre competidores respecto de ciertas variables competitivas no era susceptible de ser sancionado si no se generaban o al menos se tendían a generar efectos anticompetitivos en el mercado, como serían la mantención u obtención de una posición dominante o, incluso, un perjuicio efectivo y cuantificable a competidores y/o consumidores.

Si bien existió alguna jurisprudencia más moderna que, siguiendo doctrinas de derecho comparado, afirmó la existencia de la colusión *per se* en nuestro país, el tema siempre fue más bien hermenéutico y sujeto a la incertidumbre de una jurisprudencia ambivalente, ya que no se encontraba explícitamente resuelto en nuestra ley;

(ii) *Control de operaciones de concentración*

Nuestro sistema de control de operaciones de concentración era normalmente descrito como *voluntario* y, sin embargo, al momento de terminar dicha afirmación esta debía ser complementada con tal número de contra reglas y excepciones que se generaba una compleja situación para las partes al momento de determinar si notificar o no *voluntariamente* la operación a las autoridades de competencia de nuestro país.

En efecto, no existían umbrales claros y predeterminados para evaluar los alcances regulatorios de

una operación de concentración proyectada; siempre existía la posibilidad de que un tercero con un pretendido interés en la operación pudiera iniciar un procedimiento de consulta deteniendo su ejecución; y no podía evitarse del todo el riesgo que la Fiscalía Nacional Económica («FNE») presentara un requerimiento con posterioridad a la ejecución de la operación por considerar que esta atentaba contra la competencia, llegando la autoridad incluso a tener la facultad de pedir la terminación del contrato en cuestión más la aplicación de multas por haberse puesto en riesgo la competencia; y

(iii) *Multas y penas*

La antigua ley de defensa de la competencia consideraba a modo de sanción por infracciones anti-competitivas multas máximas preestablecidas cuya única diferencia radicaba en la gravedad intrínseca de la conducta.

Por un lado, la colusión como la infracción más corrosiva a la competencia solo podía ser sancionada con una multa máxima de alrededor de 24 millones de dólares, mientras que las infracciones por abuso de posición dominante podían ser sancionadas con una multa máxima de aproximadamente 16 millones de dólares. Estas multas, por cierto, no tenían relación con los daños causados ni con el provecho económico obtenido.

Por otro lado, con la última modificación del año 2005, se eliminaron las penas privativas de libertad para infracciones a la competencia, y así por poco más de 10 años, hasta ahora, en Chile no existió pena de cárcel por ilícitos colusorios. Ahora bien, debe tenerse presente que incluso en la época en que se encontró vigente, la pena de cárcel nunca fue impuesta.

Sin perjuicio de que este antecedente es relevante al momento de formarse una opinión sobre la pena de cárcel por colusión en Chile, también es razonable afirmar que la ausencia de penas impuestas anteriormente obedeció a diversos factores: no existía un tribunal especializado de competencia; los magistrados que conocían de los casos lo hacían en forma esporádica y *ad hoc*; no existía el nivel de conocimiento y cultura sobre la competencia que hay en la actualidad; los casos detectados de colusión eran escasos y no existía un programa de delación compensada; e incluso el equivalente de la FNE era una entidad que no tenía las herramientas suficientes para realizar una investigación sujeta al estándar del derecho penal; entre otros elementos.

Ahora bien y por otro lado, la experiencia nacional demostró que los límites máximos de las multas traían aparejados resultados injustos, habida cuenta del provecho económico que los infractores podían llegar a obtener y en consideración a la duración de la infracción que, en ocasiones, era reflejo del desdén hacia la normativa nacional con el que actuaron algunos de los involucrados en conductas anti-competitivas.

Asimismo, en los últimos años han salido a la luz distintos casos de colusión en los más diversos mercados, en parte gracias a la incorporación de un mecanismo de delación compensada y a la mejora de las facultades investigativas de la FNE. Estos casos han indignado a la opinión pública, generando un debate político-social transversal sobre la necesidad de contar con sanciones criminales para los ejecutivos que participen en la cartelización de sus empresas.

A continuación analizaremos someramente las principales disposiciones de la nueva ley en cuanto estas establecen una nueva regulación para (1) El ilícito colusorio; (2) El sistema de control de las operaciones de concentración; (3) El *interlocking* y las participaciones minoritarias; y (4) el ejercicio de las acciones indemnizatorias por daños anti-competitivos bajo el nuevo texto del DL 211. Por último, terminaremos con las conclusiones que el análisis anterior nos merezca.

1 · NUEVA REGULACIÓN DEL ILÍCITO COLUSORIO

1.1 · Colusión *per se*

La nueva ley de defensa de la competencia modifica el conocido artículo 3.º, letra a) del DL 211, que lista a la colusión y otras prácticas concertadas como de aquellos hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la competencia.

La modificación más importante en este literal es la eliminación dentro del tipo infraccional colusorio del requisito que la conducta haya conferido poder de mercado a los infractores. Bajo la vigencia de la ley anterior, todo acuerdo colusorio o práctica concertada requería, para ser sancionada, haber generado poder de mercado para los miembros del cartel o la práctica.

En efecto, la ausencia de dicho poder de mercado podía implicar la impunidad de los agentes económicos coludidos o concertados. Este antecedente

dio pie, entre nosotros, para la conocida discusión sobre si el ordenamiento jurídico de competencia chileno contemplaba o no la colusión *per se* o si, por el contrario, la tipificación requería de un efecto concreto: poder de mercado, lo que implicaba de suyo acreditar los efectos actuales o potenciales del ilícito, so pena de no existir infracción.

Como ya adelantábamos en la introducción, cierta jurisprudencia, tanto del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia («TDLC») como de la Corte Suprema, llegó a afirmar, sobre la base del texto inicial del artículo 3.º del DL 211, que en algunos casos era innecesario acreditar los efectos actuales o potenciales de la conducta, ya que nuestro ordenamiento reconocía una especie de colusión *per se* respecto de aquellas conductas que, aun cuando no hubieren causado efectos anticompetitivos hayan, razonablemente, *tendido* a producirlos.

(2) Hoy por hoy, Chile da por superada la discusión anterior, ya que al menos respecto de los denominados *hardcore cartels*, el legislador de la competencia ha tipificado el ilícito colusorio sin necesidad de que existan efectos anticompetitivos, bastando que el acuerdo o práctica concertada consista en «(...) *fixar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación* (...)», al tenor del nuevo artículo 3.º, letra a) del DL 211.

Con todo, se ha mantenido el requisito de conferir o tender a conferir poder de mercado, respecto de aquellos acuerdos o prácticas concertadas que configuren ilícitos colusorios distintos a los *hardcore cartels* y que genéricamente son aquellos que consisten en «(...) *determinar condiciones de comercialización o excluir actuales o potenciales competidores*».

1.2 · Multas

El legislador de competencia ha aumentado significativamente las multas para ilícitos anticompetitivos. Adicionalmente, ha introducido criterios objetivos para la imposición de las multas, similares a aquellos existentes en jurisdicciones europeas, y ha proporcionado lineamientos que el TDLC deberá tener presente al momento de determinar la magnitud de la pena o sanción.

En efecto, el nuevo literal c) del artículo 26 del DL 211 identifica tres posibles criterios y luego ha establecido ciertos lineamientos que deben ser considerados al momento de aplicar multas.

Las alternativas bajo la nueva ley son:

(i) Aplicar multas hasta por «(...) *una suma equivalente al treinta por ciento de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido* (...)».

Es especialmente relevante —porque fue expresa y latamente discutido en el Congreso Nacional— que la suma de 30 % dice relación con las ventas del infractor, no del grupo empresarial al que este pertenece, y que a su vez dicho monto se encuentra limitado a la línea de productos o servicios vinculada a la infracción y no a todas las ventas realizadas por el agente económico.

(ii) A continuación, el nuevo texto señala que la aplicación de la multa podrá ser «(...) *o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción*».

Tenemos nuestras aprehensiones en relación con la operativa que tendrá esta posibilidad, por cuanto del solo texto de la norma no aparece con claridad cuál es el sustrato fáctico que autoriza al TDLC para utilizar este criterio en vez del anterior.

En efecto, la norma no señala si el TDLC podrá imponer hasta el doble del beneficio económico a su solo criterio o solo en la medida que haya sido imposible calcular las ventas indicadas en el escenario anterior.

(iii) Por último, la norma establece que «(...) *En el evento que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el Tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a 60.000 UTA*», que equivalen hoy por hoy a aproximadamente 48 millones de dólares.

A diferencia de nuestro comentario anterior, este factor de determinación de multas sí nos parece apropiado, por cuanto, solo si todos los criterios anteriores son infructuosos, el TDLC podrá recurrir a un límite máximo que ha sido elevado considerablemente en relación con los que se encontraban anteriormente vigentes; y

(iv) El TDLC deberá tomar en consideración, al momento de determinar las multas, ciertas circunstancias que la propia ley individualiza. Sin perjuicio de que no se trata de un listado taxativo, deberá considerar el beneficio económico obtenido si es que lo hubiese, la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de rein-

cidente dentro de los últimos diez años, la capacidad económica del infractor y la colaboración de este con la Fiscalía.

1.3 · Penas privativas de libertad

El legislador de competencia nacional ha modificado el criterio del año 2005 y ha reincorporado al sistema de defensa de la competencia las sanciones en sede criminal por ilícitos colusorios mediante la introducción de un nuevo Título V al DL 211, denominado *De las Sanciones Penales*.

El nuevo artículo 62 del DL 211 establece penas privativas de libertad para *«El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre 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, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo»*.

De esta forma, participar en una colusión en Chile podrá sancionarse con cárcel por un período de entre 3 años y un día a 10 años.

Adicionalmente, cualquier pena sustitutiva que pudiera proceder respecto de la pena que imponga el TDLC, como por ejemplo por contar el infractor con una irreprochable conducta anterior, se suspenderá y siempre deberá cumplirse en forma efectiva un año de la pena impuesta. Luego de cumplido un año de privación de libertad, podrá sustituirse la pena según proceda conforme a derecho.

Ahora bien y por otro lado, el artículo 64 del nuevo DL 211 vino a zanjar una controversia que se generó en el seno del Parlamento en relación con determinar qué entidad tendría a su cargo el ejercicio de la acción penal emanada del ilícito colusorio.

Debido a un contexto político contingente que poco y nada decía relación con la competencia, en un primer momento se estimó que la acción debía tenerla el ente persecutorio criminal el Ministerio Público, de forma tal que la decisión sobre una eventual querrela criminal fuera de cargo de la autoridad propiamente investida de facultades persecutorias en sede penal, evitando —o así al menos sostenía el argumento— que otras consideraciones influenciasen la decisión de formular una querrela.

A este respecto, consideramos que primó el criterio técnico más apropiado, ya que se otorgó la acción penal al Fiscal Nacional Económico («Fiscal»), entidad persecutora en sede competencia.

En efecto, somos de la opinión de que es el organismo especializado en materia de competencia el más calificado para ponderar si las circunstancias y hechos permiten concluir, en el caso concreto, si concurren los elementos del tipo colusorio y la mayor o menor responsabilidad que en él puedan haber tenido determinadas personas naturales.

Por su parte, el Fiscal Nacional Económico tendrá que emitir una decisión fundada en caso de que decida no interponer una querrela por colusión, lo que somete su proceder a un escrutinio público que consideramos razonable para evitar conjeturas innecesarias que reportan poco y nada a la institucionalidad de competencia.

Adicionalmente, se estableció que el Fiscal *«(...) deberá interponer querrela en aquellos casos en que se trate de hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados»*.

Si bien la redacción anterior puede ser interpretada en el sentido que existirá querrela criminal solo respecto de aquellos casos especialmente corrosivos para la competencia, lo que configuraría una sanción criminal más templada, nos parece que la norma ofrece una segunda lectura.

En efecto, otra interpretación posible de la norma citada es que el Fiscal *podrá* interponer querrela, allí donde lo estime pertinente, pero *deberá* hacerlo en los casos más graves.

De ser este el caso, dentro de varios factores, nos parece que los atributos personales de quien ostente el cargo de Fiscal determinarán la mayor o menor prudencia y razonabilidad en la formulación de querrelas por colusiones que no comprometan gravemente la competencia.

Por último, es relevante destacar que las sanciones criminales recién descritas deben interpretarse en forma armónica con la institución de la delación compensada.

En efecto, el artículo 63.º del nuevo DL 211 señala explícitamente que se encontrarán exentos de responsabilidad penal los primeros aportantes que se hayan acogido al beneficio de la delación compensada, por cierto, en la medida que su colaboración continué en los procedimientos criminales.

En cuanto a los otros aportantes, se verán beneficiados con la rebaja en un grado de la pena que se determine y, adicionalmente, procederán a su respecto las penas sustitutivas.

1.4 · Sanciones adicionales

Por último, la nueva ley ha establecido, en la nueva letra d) del artículo 26 del DL 211, como una sanción adicional del ilícito colusorio, que se podrá imponer «(...) la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años contado desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada».

2 · NUEVA SISTEMA DE CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

Como se había adelantado en la introducción, nuestro antiguo régimen de control de operaciones de concentración podía ser descrito, muy genéricamente, como *voluntario*, al menos en la medida en que heterónomamente no existía obligación alguna de notificar una operación.

Sin perjuicio de ello y dependiendo de la operación, podían existir una gama importante de consideraciones legales prospectivas que determinaban la necesidad de notificar. A tal punto era cierto lo expuesto que la *voluntariedad* del sistema, en ocasiones, no pasaba de ser una mera declaración.

Hoy por hoy, la nueva ley ha incorporado al DL 211 un Título IV *De las Operaciones de Concentración* y en él se regula un nuevo sistema que, inspirado en la experiencia comparada, consideramos como un adelanto importante para la práctica forense nacional en materia de operaciones de concentración.

2.1 · Obligatoriedad de la notificación y umbrales

El nuevo sistema establece una definición amplia de lo que ha de entenderse por operación de concentración, indicando que se trata de «(...) *todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga*

por efecto que dos o más agentes económicos que no formen parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades (...)», al tenor del nuevo artículo 46 del DL 211.

Luego de esta definición genérica, la nueva ley procede a enumerar las vías por las cuales puede generarse la pérdida de independencia: fusiones propiamente tales, adquisición de derechos, constitución de *full joint ventures* y la adquisición de activos que permitan tomar control.

A continuación, la ley señala que *deberán* notificarse a la FNE, en forma previa a su perfeccionamiento, las operaciones de concentración que produzcan efectos en Chile y que cumplan copulativamente con los siguientes requisitos:

- (i) que la suma de las ventas en Chile de los agentes económicos involucrados sean igual o superiores a los umbrales que establecerá la FNE; y
- (ii) que las ventas individualmente consideradas de al menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse sean igual o superiores a los umbrales que fije la FNE.

Según las disposiciones transitorias de la nueva ley, la FNE tendrá que fijar los umbrales a fines de noviembre del año en curso.

Por cierto, se contempla explícitamente que la notificación de la operación tiene como efecto que esta no pueda perfeccionarse, suspendiéndose hasta que se encuentre firme la resolución o sentencia que le ponga término definitivo al procedimiento.

2.2 · Procedimiento

Recibida una notificación, la FNE contará con 10 días para determinar si se trata de una notificación completa y, si lo es, ordenará el inicio de la investigación. En caso de silencio administrativo en esta primera actuación, la investigación se entenderá iniciada el día siguiente al vencimiento del plazo.

En caso de tratarse de una notificación incompleta, se le informará al notificante de este hecho y se le darán 10 días para que enmiende su notificación.

En caso de no enmendarla, se tendrá por no notificada y, en caso de enmendarla, la enmienda se considerará como una nueva notificación. Lo anterior, entendemos que obedece a la necesidad de dar margen a la FNE para juzgar, dentro de los mismos

10 días de plazo, si efectivamente la enmienda ha de entenderse como una notificación completa, manteniéndose vigente sus herramientas procedimentales en caso negativo.

Dentro de la regulación propiamente tal, destacamos el derecho legalmente consagrado para el notificante de solicitar al Fiscal, en forma previa a la dictación de cualquier resolución de fondo, información respecto del curso de la investigación y de los riesgos que la operación notificada pueda producir para la competencia que la FNE identifique.

Adicionalmente, el notificante siempre tendrá derecho a proponer diligencias investigativas y a ofrecer medidas para mitigar los riesgos que la operación pudiera generar.

En principio, la FNE tendrá 30 días desde el inicio de la investigación para emitir una primera decisión. La ley le ha impuesto a la FNE una trilogía de posibles opciones: (1) aprobar la operación en forma pura y simple; (2) aprobar la operación sujeta a las medidas ofrecidas por el notificante; o (3) extender la investigación hasta por un máximo de noventa días adicionales.

En caso de silencio administrativo en esta actuación esencial, la operación se entenderá aprobada «(...) en los términos ofrecidos por el notificante, incluyendo las medidas que éste hubiere propuesto».

Ahora bien, si la FNE decide extender la investigación, deberá publicar su resolución y notificarla a las autoridades y agentes económicos que puedan tener interés en la operación, sin perjuicio de la confidencialidad del expediente. Desde la publicación de la resolución, cualquier tercero interesado tendrá veinte días para aportar antecedentes en la investigación.

En caso de que la FNE opte por la tercera posibilidad y extienda la investigación, dentro de dicho plazo deberá (1) aprobar la operación en forma pura y simple; (2) aprobar la operación sujeta a las medidas ofrecidas por el notificante; o (3) prohibir la operación si es que estima que ésta cuenta con la aptitud de reducir sustancialmente la competencia. En caso de silencio administrativo en esta nueva fase, opera la misma regla anterior.

2.3 · Recursos

En contra de la resolución final emitida por la FNE, el notificante podrá interponer un recurso de revisión especial para ante el TDLC. Este citará a una audien-

cia pública a realizarse en el plazo de 60 días contados desde la recepción del expediente investigativo.

Por su parte, el TDLC tendrá sesenta días, contados desde la realización de la audiencia pública, para dictar su sentencia. Esta sentencia podrá revocar la resolución de la FNE y aprobar la operación pura y simplemente o sujeta a las últimas medidas ofrecidas por el notificante. Pero, incluso más, el TDLC está facultado para aprobar la operación sujeta a medidas adicionales que este estime adecuadas y suficientes.

En contra de la sentencia del TDLC no existirá recurso alguno, salvo que en su sentencia este hubiera aprobado la operación sujeta a medidas distintas de aquellas contenidas en la última propuesta del notificante.

En este último caso, procederá contra la sentencia del TDLC recurso de reclamación para ante la Corte Suprema dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación de la sentencia.

2.4 · Sanciones

A efectos de proporcionarle al nuevo sistema de control de operaciones de concentración de la obli-gatoriedad que efectivamente ha de tener, el legislador de competencia estableció explícitamente como ilícitos anticompetitivos en sí mismos: (1) la infracción del deber de notificación de una operación de concentración de aquellas que deben ser notificadas en conformidad a la ley; (2) el denominado *gun jumping* consistente en la ejecución de una operación de concentración que haya sido notificada a la FNE, mientras esta se encuentre suspendida en virtud de haberse iniciado el procedimiento de control; (3) el incumplimiento de las medidas de mitigación con las que se haya aprobado la operación; (4) el perfeccionamiento de una operación de concentración contra lo dispuesto en la resolución de la FNE o en la sentencia del TDLC; y (5) la notificación de una operación entregando información falsa.

La nueva normativa le proporciona al TDLC todo el abanico de sanciones posibles del artículo 26 de la ley, es decir: modificar o terminar actos y/o contratos; modificar o disolver sociedades u otras personas jurídicas; aplicar los diversos rangos de multas ya vistos; imponer la prohibición de contratar a cualquier título con la Administración del Estado; y cualesquiera otras medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias.

3 · INTERLOCKING Y PARTICIPACIONES MINORITARIAS

El legislador nacional ha introducido dos materias al derecho de la competencia que no existían, en forma explícita, en nuestro ordenamiento jurídico: los *interlocking directorates* y las participaciones minoritarias, también conocidas como *minority shareholders*.

En efecto, al igual que lo hace la *Sherman Act* y la *Clayton Act* en los Estados Unidos, la nueva legislación de competencia chilena ahora contempla regulación expresa sobre ambas materias.

Ahora bien, no pretendemos afirmar que el *interlocking* y las participaciones minoritarias no son conductas riesgosas desde el punto de vista de la competencia, ni que el legislador nacional se ha excedido al regular dichos fenómenos.

Más bien pensamos que nuestro legislador pudo haberse preferido una solución similar a la de otras jurisdicciones, como algunas europeas, que han omitido establecer una regulación de jerarquía legal en la materia y han dejado a las autoridades de competencia la determinación de la existencia de una infracción en el caso concreto.

Esta solución nos parece más flexible, ya que permite investigar, prohibir y sancionar aquellas conductas de *interlocking* y de participaciones minoritarias que efectivamente causen efectos anticompetitivos, sin establecer en forma expresa una prohibición que, a rajatabla, impida conductas que, al menos desde un punto de vista económico, no necesariamente causan efectos nocivos cada vez que se encuentran presentes en un mercado.

De cualquier forma, la nueva legislación nacional contempla ambas figuras y proporciona una regulación específica para cada una de ellas. A continuación, revisaremos el tratamiento de ambas.

3.1 · *Interlocking directorates*

En esta materia es previo y necesario distinguir entre la figura del *interlocking directo* y el *indirecto*.

Por su parte, el *interlocking directo* es aquel que ahora se encuentra expresamente prohibido en Chile y refiere a aquella situación en la que ejecutivos o directores participan simultáneamente en empresas que compiten entre sí.

Por otro lado, el *interlocking indirecto* puede configurarse por una serie de situaciones distintas en

donde la participación simultánea ya no es entre las mismas empresas competidoras, sino, por ejemplo, en la empresa filial de una matriz con la que se compite o, viceversa, en la empresa matriz de una filial con la que se compite o, incluso más, en la entidad que es el resultado de un *joint venture* entre empresas competidoras. Así, los casos de *interlocking indirectos* están limitados solamente por la imaginación humana.

En ese sentido, cabe mencionar que los *interlocking* directos e indirectos normalmente son investigados por las autoridades de competencia porque pueden suponer, con un grado razonable de probabilidad, riesgos de intercambios de información entre competidores que generan a su vez riesgos de coordinación en desmedro de la competencia.

En ese sentido, la nueva ley ha adicionado un nuevo literal d) al artículo 3.º del DL 211, mediante el cual se estima como un acto atentatorio a la competencia «(...) d) 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 tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento (4 millones de dólares) en el último año calendario (...)».

Ahora bien, la infracción a la competencia solo ocurre si la situación de *interlocking directo* existe luego de transcurridos 90 días corridos desde el término del año calendario en que fue superado el umbral indicado.

Como puede apreciarse, el legislador de competencia ha optado por una redacción escueta al momento de prohibir el *interlocking directo*, muy acorde a la reconocida frugalidad de la ley original.

Aunque las más de las veces esta redacción frugal pueda preferirse, no deja de ser cierto que, a través de ella, se ha dejado a la casuística la determinación de lo que ha de entenderse por *ejecutivo relevante* y por *empresas competidoras*.

De esta forma, al menos con los casos de *interlocking directo*, el legislador de competencia ha preferido incluir errores de tipo I en la prohibición que sufrir los costos de investigaciones y de la determinación de efectos.

Cabe advertir que la existencia de texto expreso que prohíba el *interlocking directo* no implica que situaciones de *interlocking indirecto* se encuentren autorizadas por el derecho de la competencia. Por

el contrario, situaciones de *interlocking indirecto* pueden causar efectos anticompetitivos importantes, y estas siempre podrán ser sancionadas por nuestro ordenamiento jurídico.

De hecho, somos de la opinión de que toda situación de *interlocking* podía ser sancionada incluso bajo la vigencia de la ley antigua.

En efecto, nuestra hermenéutica de la nueva ley es que, por un lado, el *interlocking directo* es *per se* un ilícito anticompetitivo, ya que cumpliéndose los requisitos del tipo surge la prohibición y en caso de que esta sea infringida, no cabe justificación alguna ni determinación de la existencia de efectos, sino que procede sancionar.

Mientras que, por otro lado, situaciones de *interlocking indirecto* han de ser analizadas e investigadas por la autoridad bajo lo que se conoce, internacionalmente, como *rule of reason*. Es decir, dichas conductas serán sancionadas en la medida que la autoridad haya podido determinar que produjeron efectos anticompetitivos o hayan razonablemente tendido a producirlos.

En cuanto a las sanciones, la infracción a la prohibición de *interlocking directo* se encuentra afecta a las mismas sanciones que cualquier otra conducta anticompetitiva y que son aquellas que hemos mencionado con anterioridad.

Sin embargo, tal y como se encuentra redactada la norma, nos parece que no resuelve satisfactoriamente quién es el sujeto que comete la infracción y, por ende, el sujeto a quien se sanciona: si la persona natural que tiene presencia simultánea en las empresas competidoras o los agentes económicos que compiten entre sí y que mantienen a un ejecutivo en forma simultánea dentro de su estructura corporativa.

3.2 · Participaciones minoritarias

Al contrario de lo recién expuesto a propósito del *interlocking directo*, la nueva ley no ha prohibido de plano la existencia de participaciones minoritarias que pueda tener una empresa respecto de otra con la cual compite.

Este fenómeno se encuentra explícitamente regulado en la *Clayton Act*, pero recibe, mayoritariamente, un tratamiento casuístico en otras jurisdicciones, sin que normalmente se regule o prohíba explícitamente por ley.

En efecto, nos parece difícil determinar hasta qué punto un guarismo o porcentaje preestablecido pueda traducirse en un mayor o menor grado de control de una empresa sobre otra sin realizar un análisis de fondo de la estructura corporativa y de su realidad económica, o hasta qué punto dicho porcentaje determinará que una empresa tenga incentivos para o le permitan ejecutar conductas unilaterales o extraer información de la empresa en la que tiene participación y con la que compite.

En ese sentido, el legislador nacional no ha prohibido las participaciones minoritarias entre empresas competidoras, pero sí las ha regulado adicionando un artículo 4.º bis al DL 211, mediante el cual se señala que «*La adquisición, por parte de una empresa o de alguna entidad integrante de su grupo empresarial, de participación, directa o indirecta, en más del 10% del capital de una empresa competidora, considerando tanto sus participaciones propias como aquellas administradas por cuenta de terceros, deberá ser informada a la Fiscalía Nacional Económica a más tardar sesenta días después de su perfeccionamiento*».

Adicionalmente, la ley señala que la obligación de informar solo tendrá aplicación cuando la empresa adquirente o el grupo empresarial al que pertenece y la empresa cuya participación se adquiere tengan, en forma individual, ingresos anuales por ventas del giro que excedan los 4 millones de dólares en el último año calendario.

De esta forma, la regulación de las participaciones minoritarias se traduce en un deber de informar la existencia de una participación de un 10 % en el capital de una competidora. Cumplido este deber de información, la FNE podrá iniciar una investigación de la situación para identificar si efectivamente existe una conducta que haya causado efectos anticompetitivos o que tienda a causarlos.

Es decir, en nuestro país existirá una infracción en caso de omitir informar una participación minoritaria que debió haberse informado conforme a derecho, pero las participaciones minoritarias, consideradas como fenómeno anticompetitivo independientes, se investigarán y juzgarán utilizando *rule of reason*.

En caso de infracción a la obligación de informar, el legislador de competencia, nuevamente ha facultado al TDLC para imponer cualquiera de las medidas del artículo 26.º del DL 211, así como cualquier otra medida preventiva, correctiva o prohibitiva que resulte necesaria.

4 · INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS PROVENIENTES DE ILÍCITOS ANTICOMPETITIVOS

Actualmente, existen contados casos de acciones de indemnización de perjuicios derivadas de los daños acaecidos con ocasión de ilícitos anticompetitivos, y la mayoría de estos pocos casos se encuentran todavía en tramitación.

De esta forma, es posible afirmar que la experiencia concreta de la judicatura nacional en materia de determinación e indemnización de daños anticompetitivos es muy exigua.

Teniendo presente lo anterior, la nueva ley de competencia introduce una modificación importante en esta materia, radicando la competencia para conocer las acciones indemnizatorias provenientes de ilícitos anticompetitivos, que antes correspondía a los tribunales comunes, en el propio TDLC.

En efecto, una vez que exista una sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC se deberá interponer ante esta misma autoridad la acción indemnizatoria que se tramitará en conformidad al procedimiento sumario de la legislación procesal civil. La sentencia definitiva en materia indemnizatoria podrá ser objeto de recurso de reclamación para ante la Corte Suprema.

El TDLC deberá resolver sobre la indemnización de perjuicios fundando su fallo en los hechos que ya fueron establecidos, por el propio TDLC, en la sentencia condenatoria que sirvió de antecedente a la demanda indemnizatoria.

CONCLUSIÓN

La nueva ley de defensa de la competencia, entre muchas otras cosas, ha realizado modificaciones sustanciales en materia de (1) requisitos del ilícito colusorio y su naturaleza de infracción *per se* para los denominados *cárteles duros*; (2) penas de privación de libertad para las personas naturales involucradas en casos de colusión; (3) entidad y aplicabilidad de multas y otras sanciones para las infracciones anticompetitivas; (4) control de operaciones de concentración; (5) *interlocking* y partici-

paciones minoritarias; y (6) acciones indemnizatorias por daños anticompetitivos.

En nuestra opinión, la reforma ha actualizado nuestra normativa a estándares internacionales, resolviendo problemas interpretativos y puliendo asperezas regulatorias existentes respecto de la existencia de una infracción colusoria.

A su vez, ha incorporado la sanción de privación de libertad, con un año de pena efectiva, para las personas naturales que tengan responsabilidad en delitos de colusión. Será interesante ver la aplicación y evolución que estas modificaciones en materia de colusión generan en el tráfico forense.

Adicionalmente, la nueva ley ha incorporado una muy necesaria certeza jurídica en el procedimiento de control de operaciones de concentración que, sin lugar a dudas, tendrá un impacto positivo en los mercados, siempre que la FNE y el TDLC sean prudentes en su implementación.

Por otro lado, ha incorporado nuevas herramientas para que las autoridades puedan ejercer a cabalidad su función de velar por la competencia en los mercados al aumentar las multas y sanciones, de esta manera desincentivando la comisión de infracción que hasta hace poco recibían una multa desproporcional a la entidad de la infracción y del lucro obtenido por ella.

Por último, nos parece que la innovación legislativa en materia de *interlocking* y de participaciones minoritarias es de una profundidad y entidad tal que nos permite razonablemente prever una modificación sustancial al funcionamiento del mercado chileno, que es, de por sí, concentrado y pequeño, tanto en agentes económicos como en directores y ejecutivos.

Ahora bien y, por cierto, el nuevo texto del DL 211 no está exento de críticas y cuestionamientos y, de hecho, nos parece posible adelantar algunos problemas en su implementación.

Sin embargo, con altura de miras y teniendo en consideración el bienestar de la competencia, los consumidores y el país, en términos generales, nos parece que la nueva ley de defensa de la competencia es un avance en la dirección correcta.

RICARDO RIESCO EYZAGUIRRE y ÁLVARO ESPINOSA VÁSQUEZ*

* Ricardo Riesco es socio del equipo chileno de competencia de Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría, Santiago de Chile, y Álvaro Espinosa es abogado del equipo chileno de competencia de Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría, Santiago de Chile.