

# CARIOLA DIEZ PEREZ-COTAPOS

& CIA LTDA  
A B O G A D O S

## CONTENIDO

### IMPORTANTES REFORMAS A LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA

#### I. MODIFICACIONES EN MATERIA DE COLUSIÓN

#### II. MODIFICACIONES EN EL RÉGIMEN DE SANCIONES

#### III. MODIFICACIONES EN MATERIA DE DELACIÓN COMPENSADA

#### IV. MODIFICACIONES EN MATERIA DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

#### V. NUEVO RÉGIMEN DE CONTROL OBLIGATORIO DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

#### VI. MODIFICACIONES EN MATERIA DE PARTICIPACIONES MINORITARIAS E “INTERLOCKING”

#### Editor

Juan Cristóbal Gumucio

Si usted tiene consultas sobre los artículos incluidos en este boletín o necesita mayor información sobre algunos de los temas, por favor contactar a Juan Cristóbal Gumucio por email a [jcgumucio@cariola.cl](mailto:jcgumucio@cariola.cl) o directamente en Av. Andrés Bello 2711, piso 19, Santiago, Chile.  
Teléfono: (+56-2) 2360-4000 Fax: (+56-2) 2360-4030.

Cariola, Diez, Pérez-Cotapos & Cía. Ltda. - Todos los derechos reservados.

Se autoriza la reproducción de textos íntegros y no alterados de cada informe, siempre que se individualice a Cariola, Diez, Pérez-Cotapos & Cía. Ltda. como titular de todos los derechos de autor.

La información y opiniones contenidas en este boletín son por la naturaleza del mismo, de carácter general y su aplicación a un caso concreto debe contar con asesoría legal.

Para cambiar detalles de su suscripción o incluir una dirección de correo electrónico en el listado de distribución de este boletín, por favor envíe un correo electrónico con su nombre, compañía y dirección de correo electrónico a [suscribe@cariola.cl](mailto:suscribe@cariola.cl)

Para remover su dirección de correo de nuestro listado, por favor contestar a [remover@cariola.cl](mailto:remover@cariola.cl)

## Libre Competencia

Agosto 2016

### IMPORTANTES REFORMAS A LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA

Con fecha 30 de agosto de 2016 acaba de ser publicada la Ley N° 20.945 que introduce profundos cambios al régimen de libre competencia vigente en Chile. La inclusión de un régimen de control obligatorio de fusiones, la criminalización de la colusión, importantes aumentos en las multas y la sanción del “interlocking” entre competidores, son sólo algunas de las novedades que deben tenerse en cuenta.

La reciente publicación de la Ley N° 20.945 (la “Ley”), que introduce una serie de reformas a nuestro sistema de libre competencia, puso fin a un extenso y publicitado debate legislativo iniciado con el proyecto que la Presidenta de la República ingresó al Congreso Nacional en marzo de 2015. La Ley, que constituye la reforma más importante desde la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”), introduce modificaciones en el Decreto Ley N° 211 de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia (“DL 211”), en la ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores y en el Código Orgánico de Tribunales.

En lo que sigue, pasaremos revista a algunas de las modificaciones más relevantes introducidas por la Ley.

### I. MODIFICACIONES EN MATERIA DE COLUSIÓN

#### a. Prescindencia del poder de mercado en casos de colusión

La Ley modifica la descripción típica de la infracción de colusión, en virtud de la cual, los llamados “carteles duros” serán sancionados con prescindencia de si confieren poder de mercado o no al infractor. En otras palabras, los acuerdos que consistan en (i) fijar precios de venta o de compra, (ii) limitar la producción, (iii) asignarse zonas o cuotas de mercado, o (iv) afectar el resultado de procesos de licitación, serán considerados anti-competitivos, sin consideración de la posición competitiva o el poder de mercado de los agentes involucrados.

## b. Ampliación de los posibles sujetos activos de la infracción de colusión

Las modificaciones introducidas por la Ley en la descripción típica de la colusión implican que de un escenario en que solamente podía acusarse a los competidores que formaban parte de un acuerdo anticompetitivo, se pase a uno en que también puede acusarse a todo aquel que intervenga en acuerdos que “involucren a competidores entre sí”.

## II. MODIFICACIONES EN EL RÉGIMEN DE SANCIONES

### a. Aumento de las multas aplicables por infracciones a la libre competencia

La Ley reconfigura los topes de las multas aplicables por infracciones a la libre competencia.

De un escenario en que la multa máxima llegaba a UTA 20.000 por regla general (y a UTA 30.000 en el caso de la colusión), la Ley nos lleva a uno en que la multa máxima ascenderá **“al 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el periodo por el cual ésta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción”**. Es decir, la nueva norma cambia un tope fijo por uno variable que dependerá del tamaño de la empresa infractora y de los beneficios obtenidos a través de su infracción.

Para aquellos casos en que **no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico**, el TDLC podrá aplicar multas que lleguen hasta UTA 60.000.

### b. Prohibición de contratar con el Estado

La Ley además introduce una sanción adicional, exclusiva para los casos de colusión, en virtud de la cual se podrá imponer a los agentes económicos que hubiesen participado de ella la prohibición de contratar con organismos del Estado hasta por el plazo de cinco años contado desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

### c. Criminalización de la colusión

La Ley restablece las sanciones penales para la colusión, que habían sido eliminadas hace más de 10 años

del sistema de libre competencia chileno. La conducta sancionada corresponde a los “carteles duros”, castigándose, según el nuevo artículo 62 del DL 211, al 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”**.

Entre los aspectos más relevantes a destacar en relación a la criminalización de la colusión se pueden mencionar:

- **Pena aplicable a quienes sean encontrados culpables:** la pena aplicable al delito de colusión va de presidio menor en su grado máximo (3 años y 1 día) a presidio mayor en su grado mínimo (10 años).
- **Cumplimiento efectivo de al menos un año de la pena privativa de libertad:** la Ley establece que el tribunal penal podrá imponer penas sustitutivas, estableciendo sin embargo, que la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere sancionado.
- **Autoridad encargada del ejercicio de la acción penal:** de acuerdo a lo señalado en la Ley, la investigación del delito contemplado en el artículo 62 del DL 211 solamente puede iniciarse mediante una querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica ( “FNE”), quien únicamente puede interponerla si la existencia del acuerdo ha sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC. La FNE tendrá un plazo de 6 meses para, interponer la querrela, o, en caso contrario, emitir una resolución fundada que explique por qué, habiéndose comprobado por sentencia del TDLC la existencia de un acuerdo, ha decidido no interponer querrela.

- **Prescripción:** la acción penal para perseguir el delito de colusión prescribe en el plazo de 10 años, contado desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva pronunciada por el TDLC.
- **Posibilidad de que tribunales chilenos sancionen acuerdos colusivos ejecutados fuera de Chile:** la Ley establece que los tribunales penales de nuestro país podrán conocer y sancionar delitos de colusión perpetrados en el extranjero, siempre que afectaren los mercados chilenos.

#### d. Inhabilitación para ejercer ciertos cargos

Además de la pena de presidio ya referida, la Ley ha dispuesto que el autor del delito de colusión debe ser también castigado con la *“inhabilitación absoluta temporal, en su grado máximo, para ejercer el cargo de director o gerente de una sociedad anónima abierta o sujeta a normas especiales, el cargo de director o gerente de empresas del Estado o en las que éste tenga participación, y el cargo de director o gerente de una asociación gremial o profesional”*.

#### e. Compatibilidad entre sanciones administrativas, sanciones penales e indemnizaciones de perjuicio.

Para efecto de solucionar ciertas dudas que surgieron en esta materia durante la tramitación de la Ley, el legislador incorporó, en el artículo 26 del DL 211, una norma que señala que *“La aplicación de las sanciones previstas en este artículo [multas y prohibición de contratar con el Estado] será compatible con aquellas de carácter penal establecidas en la presente ley y con la determinación de la indemnización de perjuicios que prevé el artículo 30”*.

### III. MODIFICACIONES EN MATERIA DE DELACIÓN COMPENSADA

#### a. Extensión de la delación compensada a materias penales

La principal modificación en materia de delación compensada es la extensión de su alcance a la responsabilidad penal derivada de la comisión del delito de colusión, debiendo tener presente las siguientes cuestiones:

- Solamente estarán exentos de responsabilidad penal aquellos que hubieren sido los primeros en aportar antecedentes a la FNE de conformidad al artículo 39 bis del DL 211.
- Quienes no sean el primero en delatarse y aportar antecedentes a la FNE, no podrán acceder a la exención de responsabilidad penal, pero accederán a una rebaja de un grado en la pena correspondiente y no se les aplicará la obligación de cumplir necesariamente durante un año de forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fueren sancionados.
- Todos los beneficiarios referidos deben entregar al Ministerio Público y al tribunal penal competente los mismos antecedentes que previamente hayan entregaron a la FNE, debiendo además, en el caso del primer delator, declarar como testigos. En caso contrario, se arriesgan a ser privados de los beneficios que les hubieren sido concedidos.

#### b. Otras modificaciones

- En el caso del primer delator que aporte antecedentes a la FNE, el beneficio de la delación compensada también puede eximir de la sanción de disolución contemplada en el artículo 18 letra b) del DL 211.
- El beneficio de reducción de la multa (no superior al 50% de la multa que de otro modo hubiese sido solicitada) para quienes aportan antecedentes adicionales a los aportados por el primer postulante, solamente estará disponible para el que haya aportado antecedentes en segundo lugar.
- Se incorpora al DL 211 una norma que señala expresamente que la solicitud de los beneficios de la delación compensada constituyen un hecho o información esencial para los efectos de lo establecido en el inciso segundo del artículo 10 de la ley N°18.045 de Mercado de Valores, y que tanto la existencia de la solicitud como su contenido constituirán hechos o antecedentes reservados, en los términos del inciso tercero del mismo artículo.

#### IV. MODIFICACIONES EN MATERIA DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

La Ley introduce una serie de modificaciones en materias relativas a la indemnización de los perjuicios derivados de conductas anticompetitivas, siendo importante destacar las siguientes:

- **Tribunal competente:** la competencia para conocer de las acciones de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación de una sentencia firme en sede de libre competencia pasa desde los tribunales civiles al TDLC.
- **Procedimiento:** el conocimiento de la acción de indemnización de perjuicios se somete a las normas del **procedimiento sumario** establecido en el Código de Procedimiento Civil. Las resoluciones que se dicten en ese proceso solamente serán susceptibles del **recurso de reposición**, con la excepción de la sentencia definitiva, que será susceptible de **recurso de reclamación** ante la Corte Suprema. En cuanto a la prueba, esta será apreciada de acuerdo a las reglas de la **sana crítica**.
- **Daños indemnizables:** la indemnización de perjuicios comprenderá todos los daños causados durante el período en que se haya extendido la infracción.
- **Acciones de clase:** la Ley hace aplicable el procedimiento de acciones de clase contemplado en la Ley N° 19.496 de protección de los derechos a los consumidores a la acción de indemnización de perjuicios que se ejerza ante el TDLC, para aquellos casos en que se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores.

#### V. NUEVO RÉGIMEN DE CONTROL OBLIGATORIO DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

Probablemente, el cambio más significativo es la introducción de un sistema de control preventivo obligatorio de operaciones de concentración, de dos fases, que se

inicia por medio de una notificación de las partes a la FNE. A continuación, detallamos algunas de sus claves:

##### a. ¿Qué se entiende por operación de concentración?

El nuevo artículo 47 del DL 211 señala que se entenderá por operación de concentración a **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 mediante alguna de las siguientes vías:**

- **Fusionándose**, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión.
- **Adquiriendo, uno o más de ellos, directa o indirectamente, derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro.**
- **Asociándose** bajo cualquier modalidad para conformar un **agente económico independiente**, distinto de ellos, que **desempeñe sus funciones de forma permanente.**
- **Adquiriendo, uno o más de ellos, el control sobre los activos de otro a cualquier título.**

##### b. ¿Qué operaciones de concentración deben notificarse?

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 sobrepasen los umbrales de venta que la misma FNE fije al efecto. Hay un umbral que considera la suma de las ventas de los agentes que pretenden concentrarse y otro que considera sus ventas por separado.

##### c. ¿Cuándo entra en vigencia este nuevo régimen?

En primer lugar, la Ley señala que la FNE tiene un plazo de 90 días, contado desde la fecha de publicación de la Ley, para dictar una resolución que establezca los umbrales de ventas que determinan si una operación de

concentración debe ser notificada o no. Luego, el régimen de control de operaciones de concentración entrará en vigencia el primer día del sexto mes siguiente a la fecha en que se publique en el Diario Oficial la resolución de la FNE que establezca los umbrales.

### d. ¿Quién debe y puede notificar una operación?

La Ley señala que estarán obligados a practicar la notificación los agentes económicos que hayan tomado parte en la operación de concentración.

Es importante destacar que los terceros que no hayan tomado parte en la operación de concentración no podrán practicar la notificación.

### e. ¿Qué pasa con las operaciones que no alcanzan los umbrales que fije la FNE?

Las partes de una operación de concentración pueden decidir notificar a la FNE una operación aunque no se superen los umbrales correspondientes. Dichas notificaciones voluntarias estarán sujetas a las mismas reglas que las obligatorias, siempre que la operación no se haya perfeccionado al momento de la notificación.

En caso de que una operación de concentración que no supere los umbrales no sea notificada voluntariamente, la FNE podrá, dentro del plazo de un año desde el perfeccionamiento de la operación, instruir las investigaciones que estime procedentes.

### f. ¿Cuáles son los efectos de notificar una operación?

La notificación de una operación de concentración tiene efectos suspensivos respecto de su perfeccionamiento. Así lo declara la Ley al señalar que *“los agentes económicos que proyecten concentrarse no podrán perfeccionar las operaciones de concentración que hubieren notificado a la Fiscalía Nacional Económica, las que se entenderán suspendidas desde el acto de su notificación hasta que se encuentre firme la resolución o sentencia que ponga término definitivo al procedimiento correspondiente”*.

### g. ¿Cuáles son las fases del análisis que realiza la FNE?

**Fase I:** una vez que una operación se notifica, la FNE tiene 10 días para determinar si se trata de una notificación completa. En tal caso se dará inicio a una investigación, debiendo comunicarse esa resolución al

notificante y publicarse resguardando la información confidencial. Durante la investigación, la FNE podrá solicitar la colaboración de funcionarios de organismos o servicios públicos, solicitar información y antecedentes a particulares, llamar a declarar a personas que pudieren tener conocimiento de actos investigados, entre otras facultades.

Dentro de un plazo de 30 días siguientes a la fecha en que se haya iniciado la investigación, la FNE deberá:

- **Aprobar la operación notificada en forma pura y simple**, si es que llegare a la convicción que la operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia;
- **Aprobar la operación notificada, a condición de que se dé cumplimiento a las medidas ofrecidas por el notificante**, si es que llegare a la convicción de que, sujeta a tales medidas, no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia;
- **Extender la investigación hasta por un máximo de 90 adicionales**, cuando estime que la operación notificada, de perfeccionarse en forma pura y simple o sujeta a las medidas ofrecidas por el notificante, en su caso, puede reducir sustancialmente la competencia. En este caso, se da inicio a la Fase II.

**Fase II:** la FNE deberá comunicar la resolución que extiende la investigación a las autoridades directamente concernidas y a los agentes económicos que puedan tener interés en la operación. Quienes recibieren tal comunicación, así como cualquier tercero interesado en la operación de concentración, incluyendo proveedores, competidores, clientes o consumidores, podrán aportar antecedentes a la investigación dentro de los 20 días siguientes a la publicación en el sitio web de la FNE.

Una vez transcurrido el plazo durante el cual se hubiese extendido la investigación, la FNE deberá:

- **Aprobar la operación notificada en forma pura y simple**, si es que llegare a la convicción de que la operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia;

- Aprobar la operación notificada, a condición de que se dé cumplimiento a las medidas ofrecidas por el notificante, si es que llegare a la convicción de que, sujetándose a tales medidas, la operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia, o
- Prohibir la operación notificada, cuando concluya que la misma cuenta con aptitud para reducir sustancialmente la competencia.

### h. ¿Qué recursos pueden interponerse contra la decisión de la FNE?

La Ley solamente contempla un recurso de revisión especial para el caso en que la FNE prohíba una operación de concentración. El recurso debe ser entablado ante el TDLC dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la resolución. El TDLC citará a una audiencia pública a realizarse dentro de 60 días desde la recepción del expediente de investigación, en la que podrán intervenir la parte recurrente, la FNE y quienes hubieren aportado antecedentes a la investigación. Dentro de los 60 días siguientes a la audiencia, el TDLC dictará una sentencia confirmando o revocando la resolución recurrida.

En caso que la sentencia revoque la resolución recurrida, aprobando la operación a condición de que se dé cumplimiento a **medidas de mitigación distintas de las ofrecidas por el notificante a la FNE**, tanto las partes como el Fiscal Nacional Económico podrán deducir recurso de reclamación ante la Corte Suprema.

## VI. MODIFICACIONES EN MATERIA DE PARTICIPACIONES MINORITARIAS E “INTERLOCKING”

- **Tipificación del “interlocking” como una conducta anticompetitiva:** la Ley introduce entre las hipótesis de conductas anticompetitivas al interlocking directo entre competidores, sancionando **“la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí”**, siempre que (i) el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las empresas tenga ingresos anuales por ventas,

servicios y otras actividades del giro que excedan las UF 100.000 en el último año calendario; y (ii) la participación simultánea en los cargos referidos se mantenga transcurridos 90 días corridos desde el término del año calendario en que hubiese superado el umbral señalado.

Esta nueva norma entrará en vigencia transcurridos 180 días desde la fecha de la publicación de la Ley, es decir, **el 26 de febrero de 2017**.

- **Obligación de informar las participaciones minoritarias:** la Ley introduce una norma que **obliga a informar a la FNE “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”**, con el objeto de que la FNE evalúe la instrucción de alguna investigación para comprobar eventuales infracciones. La obligación de informar únicamente existirá en el caso en que la empresa adquirente, o su grupo empresarial, según corresponda, y la empresa cuya participación se adquiere tengan, cada una por separado, ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las UF 100.000 en el último año calendario.

La Ley establece que las participaciones minoritarias deberán ser informadas a la FNE dentro de 180 días desde la publicación en el Diario Oficial, es decir, hasta el **26 de febrero de 2017**, y que las acciones para perseguir infracciones al artículo 3 del DL 211 prescribirán en el plazo de 3 años desde la fecha en que se informe a la FNE.