

# CARIOLA DIEZ PEREZ-COTAPOS

& CIA LTDA  
A B O G A D O S

## CONTENIDO

INFORME DE LA COMISIÓN  
ASESORA PRESIDENCIAL  
JULIO 2012 - CAMBIOS  
EN LA LEGISLACIÓN  
ANTIMONOPOLIO

GUÍA SOBRE PROGRAMAS DE  
CUMPLIMIENTO DE LA FNE

MEDIDAS DE MITIGACIÓN  
QUE PUEDE IMPONER  
EL TDLC EN EL ANÁLISIS  
DE UNA OPERACIÓN DE  
CONCENTRACIÓN

PRINCIPALES CASOS INICIADOS  
O RESUELTOS ANTE EL  
TDLC O LA CORTE SUPREMA  
DURANTE EL AÑO 2012

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) 360-4000 Fax: (+56-2) 360-4030.

Cariola, Díez, Pérez-Cotapos & Cia. Ltda. - Todos los derechos reservados.

Se autoriza la reproducción de textos íntegros y no alterados de cada informe, siempre que se individualice a Cariola, Díez, Pérez-Cotapos & Cia. 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

N° 39 - Octubre 2012

### INFORME DE LA COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL JULIO 2012 - CAMBIOS EN LA LEGISLACIÓN ANTIMONOPOLIO

Durante el año 2012, se constituyó una Comisión Asesora Presidencial con el fin de analizar el estado de la institucionalidad en materia de libre competencia y realizar recomendaciones destinadas a perfeccionar la legislación de libre competencia actualmente vigente.

#### RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN

##### 1. SISTEMA DE CONSULTA DE FUSIONES

La Comisión propone optar por un sistema de consulta mixto, a través de un esquema de “umbrales” que definirán si procede o no la consulta obligatoria, sin embargo, la Comisión no señala el monto o la forma de determinar tales umbrales.

##### 2. SANCIONES

La Comisión sugirió que en caso de infracciones a las normas de libre competencia, las multas que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) pueda imponer a las empresas, se determinen en base a un porcentaje de las ventas realizadas durante el tiempo que perduró el ilícito, sin embargo, la Comisión no propone el porcentaje aplicable.

Adicionalmente a la aplicación de multas, la Comisión sugiere que el TDLC pueda imponer otras sanciones a las personas naturales que hayan participado en la realización de las infracciones, tales como inhabilidad para ejercer cargos públicos y en el caso de funcionarios públicos, que los involucrados queden inhabilitados por un período de hasta 5 años para ejercer sus cargos en la respectiva entidad.

**Sanción Penal:** La Comisión no llegó a consenso sobre si es recomendable o no la incorporación explícita de sanciones penales en la legislación de defensa de la competencia. Por una parte, los detractores a tal iniciativa sostuvieron que la reciente modificación legal que elevó las multas y potenció las herramientas investigativas de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) hacían innecesario legislar, mientras que los partidarios de la sanción penal, señalaron que ésta actuaría de manera más efectiva en la contención de las prácticas anticompetitivas.

### 3. DELACIÓN COMPENSADA

Fue consenso dentro de la Comisión que independiente si se opta por la incorporación o no de sanciones penales, debe velarse que la eficiencia de la institución de delación compensada no se vea afectada.

Lo anterior, debido a lo ocurrido en algunos casos de libre competencia, en los que ejecutivos de empresas involucradas en las infracciones cooperaron con las investigaciones de la FNE y actualmente se encuentran sujetos a una investigación penal por el delito de alteración fraudulenta de precios, consagrado en el artículo 285 del Código Penal.

Por lo señalado, la opinión de la Comisión fue unánime en sostener que si se optaba por una legislación sin sanción penal, debe en consecuencia eliminarse el artículo 285 del Código Penal, o bien eximir de su aplicación los ilícitos monopólicos.

Por otra parte, se planteó que en caso que se opte por incluir expresamente sanciones penales, la facultad de requerir la aplicación de éstas debe encontrarse en manos de la FNE, de manera que en caso que aplique el beneficio de delación compensada, el delator no sólo opte al beneficio de exención de multa sino que también al de exención de la sanción penal.

## GUÍA SOBRE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO DE LA FNE

- En el mes de junio del año 2012, la Fiscalía Nacional Económica ("FNE") lanzó la Guía sobre "Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" que contiene las directrices que según la FNE debería seguir una compañía para adoptar y desarrollar un Programa de Cumplimiento de la normativa de libre competencia.

### ¿Qué es un Programa de Cumplimiento?

De acuerdo a la FNE, un Programa de Cumplimiento corresponde a las políticas y mecanismos que deberían ser implementados por un agente económico a efectos de que éste, sus directores, ejecutivos y trabajadores, actúen conforme a las normas de libre competencia, adecuando sus conductas e identificando aquellas que podrían afectar tales normas.

### ¿Cómo debería implementarse un Programa de Cumplimiento?

Según señala la FNE, los Programas de Cumplimiento deberían ser hechos a la medida de cada empresa, por lo que la FNE sugiere identificar y evaluar los riesgos a los que la empresa se expone y a partir de ello determinar cuál es la mejor forma de prevenirlos. Por ello, la FNE recomienda que profesionales expertos lleven a cabo un estudio de los riesgos de la compañía y elaboren en base a los mismos el Programa más adecuado.

### ¿Qué elementos puede incluir un Programa de Cumplimiento?

Para la FNE, "los riesgos identificados por el agente económico serán determinantes al momento de decidir qué componentes deben incluirse en el Programa", los que pueden ir desde la elaboración de un manual explicativo hasta la implementación de medidas disciplinarias, sistemas de auditoría o capacitación en temas de cumplimiento de las normas de libre competencia.

### ¿Cuáles son los beneficios de implementar un Programa de Cumplimiento?

En opinión de la FNE, los principales beneficios de un programa de cumplimiento son la prevención de infracciones y la detección y control de daños, toda vez que en su opinión la correcta implementación y ejecución de un Programa permitirá a la compañía prevenir la comisión de conductas anticompetitivas que, de otra manera, no sería posible evitar y en caso de detectarse infracciones a las normas de libre competencia controlar los posibles daños causados.

Adicionalmente, para la FNE, incluso ante una infracción a las normas de libre competencia, la implementación de un correcto Programa de Cumplimiento podría significar para la empresa "tres grandes beneficios: (i) posible rebaja de la multa a ser aplicada, en un contexto de un requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; (ii) el uso oportuno del beneficio de la Delación Compensada, en caso que se trate de una colusión o cartel; y, (iii) posibilidad de llegar a un acuerdo extrajudicial".<sup>2</sup>

## MEDIDAS DE MITIGACIÓN QUE PUEDE IMPONER EL TDLC EN EL ANÁLISIS DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN

- Todas las operaciones de concentración relevantes conocidas por la autoridades de libre competencia -que

<sup>1</sup> Guía sobre Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia de la FNE.

<sup>2</sup> Ibídem.

no han sido rechazadas- han sido objeto de medidas de mitigación o condiciones para su realización, las que van por ejemplo, desde la desinversión o venta de ciertos activos, hasta la obligación de congelar los precios por un determinado período de tiempo.

Una parte importante de la evaluación de una operación de concentración dice relación con determinar si someter la misma al conocimiento y análisis de los órganos de protección de libre competencia y en particular acerca de la conveniencia de efectuar o no una consulta al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”).

Dentro de dicha evaluación, un elemento sustancial corresponde al análisis de las medidas de mitigación que pueden ser impuestas a la operación por el TDLC, que pueden ser solicitadas por la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) o que pueden ser propuestas por las partes.

De acuerdo a la jurisprudencia no existe un catálogo legal de las medidas que pueden ser impuestas a una operación de concentración, de hecho, como ha señalado la Corte Suprema, *“es nítido que el legislador en materia de libre competencia otorgó al TDLC las facultades de fijar condiciones en el ejercicio de la mencionada función consultiva sin establecer una enumeración o catálogo taxativo de medidas de mitigación que pudiera imponerse”*,<sup>3</sup> por ello, sostuvo la misma Corte, el TDLC puede imponer todas las medidas que estime pertinentes, en cuanto tengan relación directa o indirecta (*“de interdependencia económica objetiva”* en palabras de la Corte Suprema) con la operación consultada.<sup>4</sup>

Como ha sostenido el TDLC, las medidas de mitigación pueden ser estructurales o conductuales. Son medidas estructurales aquellas que reasignan los derechos de las partes de la transacción, como la obligación de enajenar determinados activos, mientras que las medidas conductuales, son aquellas que restringen los derechos de las partes, como por ejemplo, abstenerse de realizar determinados hechos (no adquirir nuevas empresas o no realizar determinados actos que se consideren abusivos).<sup>5</sup>

Con todo, ya sea que se trate de medidas conductuales o estructurales, la jurisprudencia del TDLC sostiene que deben ser: (i) proporcionales, o que *“respondan de manera equitativa y razonable a los riesgos que pretenden*

*enervar”*; (ii) materialmente posibles de aplicar y ejecutar; (iii) eficaces, en cuanto a que su aplicación debe implicar un verdadero contrapeso o contención respecto de los riesgos detectados; y (iv) susceptibles de fiscalización y monitoreo independiente y efectivo.<sup>6</sup>

En la práctica, a excepción de las operaciones de concentración que han sido rechazadas por el TDLC, no existe ninguna operación relevante a la cual no se hayan impuesto condiciones para su materialización y cada vez más en sus investigaciones, la FNE ha negociado con las partes de la operación medidas de mitigación como condición para no iniciar acciones ante el TDLC o para archivar sus investigaciones, por ello en el análisis previo de una operación de concentración, resulta esencial que las partes ponderen debidamente cuáles son las potenciales medidas de mitigación que pueden ser impuestas a la operación, a fin de evaluar cómo ellas pueden influir en la viabilidad o valorización de la misma.

## PRINCIPALES CASOS INICIADOS O RESUELTOS ANTE EL TDLC O LA CORTE SUPREMA DURANTE EL AÑO 2012\*

\*Comprende el período septiembre 2011-septiembre 2012

### CONTENCIOSOS

#### (i) Resueltos

1. Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros. El TDLC condenó a Cruz Verde y Salcobrand al pago de una multa ascendente a 20.000 UTA (US\$ 20.000.000 aprox.) por haberse coludido junto a Farmacias Ahumada para subir el precio de más de 200 medicamentos. La Corte Suprema confirmó la sentencia.

2. Requerimiento de la FNE contra Abercrombie & Kent S.A., ADS Mundo Turismo Ltda., Turismo Cocha S.A, Chilean Travel Services Ltda y Turavion Ltda. La Corte Suprema condenó a cinco agencias de viajes a la suma de 50 UTA (US\$50.000 aprox.) por haberse coludido para intentar alzar las comisiones cobradas a una empresa operadora de hoteles de lujo en el país. El TDLC había absuelto a las agencias acusadas.

<sup>3</sup> Sentencia de la Corte Suprema en causa rol 9843-2011 de fecha 05 de abril de 2012, relativa a la fusión entre LAN y TAM.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> Resolución N° 37/2011 del TDLC, recaída en la consulta de Conadecus acerca de la fusión entre LAN y TAM.

<sup>6</sup> Ibidem.

(ii) En curso

1. Requerimiento de la FNE contra Cía. Chilena de Tabacos S.A. por haber incurrido en un supuesto abuso de posición dominante al haber impedido restringido y/o limitado la comercialización de los productos de tabaco de sus competidores. El Tribunal resolvió acoger el requerimiento parcialmente sin imponer multas sobre la requerida, encontrándose la causa pendiente de revisión ante la Corte Suprema.

2. Requerimiento de la FNE contra el Sr. John C. Malone, controlador de VTR Banda Ancha S.A., por haber adquirido participación indirecta en Direct TV Chile Ltda., en infracción a lo resuelto previamente por el TDLC con ocasión de la fusión entre VTR y Metropolis. El TDLC condenó al requerido a la suma de 4.000 UTA (US\$4.000.000 aprox.), encontrándose la causa pendiente de revisión ante la Corte Suprema.

3. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Tecumseh Do Brasil Ltda. y otro, por haber implementado un supuesto acuerdo destinado a incrementar artificialmente el precio de los compresores herméticos comercializados en el mercado chileno. El TDLC resolvió acoger el requerimiento e impuso a Whirlpool una multa de 10.500 UTA (US\$10.500.000 aprox.) y absolvió a Tecumseh por aplicación de las normas de delación compensada, encontrándose la causa pendiente de revisión ante la Corte Suprema.

4. Requerimiento de la FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros., por la supuesta celebración y ejecución de acuerdos destinados a aumentar las tarifas del servicio de transporte público en la ruta Santiago-Cartagena y viceversa. La causa se encuentra pendiente ante el TDLC.

5. Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros., por la supuesta celebración y ejecución de un acuerdo colutorio consistente en limitar y asignar cuotas de producción de pollos, controlando la cantidad producida y ofrecida. La causa se encuentra pendiente ante el TDLC.

6. Requerimiento de la FNE contra Hoyts Cinemas Chile y Cinemundo. La FNE estimó que la fusión entre ambas cadenas, por la cual Cinemundo adquirió las salas de cine de Hoyts Cinema, constituye una conducta contraria a las normas de libre competencia. Por lo anterior la FNE solicitó al TDLC la aplicación a cada una de las requeridas de una multa de 1.000 UTA (US\$ 1.000.000 aprox.) y, la desinversión de determinados cines multisala de propiedad de Cinemundo. La causa se encuentra pendiente ante el TDLC.

NO CONTENCIOSOS

(ii) Resueltos

1. Consulta de Conadecus sobre operación de concentración entre LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A. El TDLC, resolvió aprobar la operación de fusión, pero sujeta a condiciones. La Corte Suprema confirmó la resolución.

2. Consulta de la FNE sobre transferencia de concesiones de radiodifusión a Radiodifusión SpA. Consulta respecto a la adquisición de las concesiones de radiodifusión de Comunicaciones Horizonte Ltda., a través de las cuales operan las radios "Oasis" y "Horizonte", por Radiodifusión SpA, empresa relacionada con el canal de televisión "Canal 13". El TDLC decidió aprobar la operación, sujeta a la aplicación de medidas de mitigación.

(ii.2) En curso

1. Consulta de Organización Terpel Chile, relativa a la adquisición por parte de Quiñenco S.A. de los activos de las sociedades Petróleos Trasandinos S.A. y Operaciones y Servicios Terpel Limitada. El Tribunal, en fallo dividido, resolvió que la operación consistente en la adquisición por parte de Quiñenco S.A. (empresa operadora de la marca Shell) de los activos de Terpel es contraria a las normas del Decreto Ley N° 211, encontrándose la causa pendiente de revisión ante la Corte Suprema.

2. Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A. SMU, tercer actor de la industria de los supermercados consultó al TDLC respecto de los potenciales efectos sobre la libre competencia que podría representar la fusión entre SMU y Supermercados del Sur, solicitando que se declare que la operación cumple con las normas de libre competencia, sugiriendo la aplicación de ciertas medidas de mitigación propuestas.

3. Expediente de Recomendación Normativa Artículo 18 N°4 D.L. N°211 sobre Conferencias Navieras. La FNE ha solicitado al TDLC que proponga al Presidente de la República la modificación del inciso segundo del artículo 5 de la Ley de Marina Mercante, a fin de derogar la exención de la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia respecto de empresas navieras en los casos de conferencias, consorcios y convenios navieros.