

**TERCERA CUENTA PÚBLICA DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL
DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, DON EDUARDO
JARA MIRANDA.**

14 de mayo de 2007

Sean mis primeras palabras para agradecer la presencia del señor Presidente de la Excma. Corte Suprema, del señor Presidente del Banco Central, de los señores Ministros de la Excma. Corte Suprema y Magistrados, del señor Contralor General de la República, de los señores Fiscal y Subfiscal Nacional Económico, del señor Director del Servicio Nacional del Consumidor, del señor Presidente de la Confederación de la Producción y el Comercio y demás autoridades gremiales, de los señores Rectores y Decanos Universitarios, así como la de todos ustedes. Saludo especialmente al señor Director Propietario de la Superintendencia de Competencia de la República de El Salvador y a la Embajadora de ese país hermano. Vuestra presencia, otorga relevancia a este acto, constituye un estímulo para nuestra tarea y reafirma nuestro compromiso de servicio y cumplimiento de nuestra labor.

En estos tres años de existencia de nuestro Tribunal, aun cuando no existe una disposición legal expresa que nos obligue, hemos estimado oportuno y conveniente rendir una cuenta detallada de nuestra labor, como una manera de

añadir transparencia a nuestra gestión y además, cumplir con el principio general de publicidad que informa la actividad pública.

La promoción y protección de la competencia es una de las tareas fundamentales del Estado en materia económica. Es un mecanismo eficaz de fomento del bienestar general, porque incentiva la creatividad, la innovación, la ética en el trabajo y en las relaciones económicas.

Chile se ha dotado a sí mismo de una sólida y original institucionalidad de protección y promoción de la competencia, que por su carácter jurisdiccional, encuentra pocos símiles en el mundo.

Hoy celebramos el tercer año de funcionamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia – instalado el 12 de mayo de 2004 - convencidos de que esa institucionalidad está cumpliendo exitosamente con la labor que se le ha encomendado.

En efecto, hemos realizado una acuciosa labor, analizando con toda la profundidad que es posible, las materias que se han sometido a nuestro conocimiento, y hemos procurado resolver los conflictos con prudencia y con apego irrestricto a la Constitución y las leyes. Lo hemos hecho teniendo como norte el interés general de la sociedad, lo que significa buscar el siempre difícil equilibrio entre el bienestar de los consumidores y la promoción y protección del emprendimiento.

En estos tres años han sido diversas y variadas las materias que hemos debido resolver.

Estadísticas del trabajo del TDLC (desde el 2004 hasta hoy) y comentarios.

Desde su entrada en funcionamiento el Tribunal ha realizado una intensa labor que se ha traducido en la dictación de 52 sentencias recaídas en procesos contenciosos, 19 Resoluciones que absolvieron consultas realizadas por diversos agentes económicos, 1 instrucción de carácter general y 213 informes de aquellos que la Ley de Libertad de Opinión e Información encomienda a este Tribunal para la modificación o el cambio en la propiedad o control de medios de comunicación sujetos al sistema de concesión otorgada por el Estado.

Por su parte, en el período comprendido entre el 12 de mayo de 2006 y el 12 de mayo de 2007, este Tribunal ha dictado 13 sentencias recaídas en procesos contenciosos, 8 resoluciones que absolvieron consultas realizadas por agentes económicos, y 75 informes de prensa.

Especial mención merece la dictación en el periodo de las primeras instrucciones de carácter general, que recayeron en el mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios.

El Tribunal que presido, es consciente de que para el cumplimiento de su misión, es fundamental actuar en forma oportuna y con la máxima celeridad que nuestros estándares de acuciosidad en el trabajo y de profundidad en los análisis, nos permiten. En efecto, sabemos que una justicia económica moderna requiere que los tiempos de resolución de los conflictos entre partes y de la emisión de

declaraciones de certeza jurídica sean expeditos, que no sólo no entraben los emprendimientos sino que sean un elemento coadyuvante al crecimiento sostenido de la economía.

Por ello y con el objeto de hacer un efectivo control de nuestra labor, con miras a hacer cada día más eficiente y eficaz nuestra tarea, hemos implementado un estricto sistema de seguimiento estadístico del trabajo realizado. Este esfuerzo nos ha permitido medir la duración de cada una de las fases que componen los distintos procedimientos, e implementar todas aquellas medidas que el marco normativo nos permite para mejorar permanentemente nuestra gestión.

Veamos algunas cifras:

De los procedimientos contenciosos que se iniciaron en este Tribunal, es decir que no fueron heredados de las antiguas comisiones, un 71,8% ha terminado con la dictación de una sentencia, un 17,9% con algún equivalente jurisdiccional, y un 10,3% han sido archivadas. Es interesante observar que sólo un 33% de las resoluciones que pusieron término a los procedimientos en cuestión fueron reclamadas para ante la Corte Suprema.

De los procedimientos contenciosos que terminaron en el último año, un 77,8% ha terminado con una sentencia, un 16,7% con un equivalente jurisdiccional, y un 5,6% con el archivo del procedimiento. Un 27% de las resoluciones de este período fueron reclamadas ante la Corte Suprema.

Tomando en consideración los datos desde el inicio de las actividades del Tribunal, la duración promedio de la tramitación de las causas, desde el día de su

ingreso y hasta que fueron falladas fue de 309 días, es decir, alrededor de diez meses.

Ahora bien, aún cuando el promedio de duración parece bastante razonable, habida cuenta de la complejidad de los casos que se ventilan en esta sede, los datos concernientes a la duración de las distintas fases de los procesos nos indican que la recepción de la prueba ocupa alrededor de un 38% del tiempo total de tramitación, lo que evidentemente es excesivo e inconveniente. Hemos tomado medidas para morigerar este problema en los juicios con mayor número de partes mientras aguardamos la aprobación en el congreso de las reformas legales que nos permitan agilizar la rendición de la prueba, especialmente la testimonial.

Los procesos no contenciosos, por su parte, han finalizado por resolución en el 93,8% de los casos, el 6, 2% restante (es decir, una consulta) corresponde a un caso en la que los interesados retiraron su petición. El promedio de duración de la tramitación de estos procesos es de 186 días, esto es alrededor de 6 meses.

Adicionalmente, y a partir de este análisis estadístico, hemos detectado además algunas deficiencias de la ley que nos rige y que es necesario corregir. Algunas de esas correcciones están contempladas en las propuestas de modificaciones al Decreto Ley 211 que actualmente se encuentran en tramitación en el congreso nacional, otras serán planteadas por este Tribunal al gobierno en lo próximos días, con la esperanza de que sean llevadas al congreso para su discusión. Me referiré a ellas más adelante.

Respecto del Convenio con la Universidad Adolfo Ibáñez para la publicación de nuestras sentencias

Como lo anunciara en la cuenta del año 2006, durante estos meses hemos estado trabajando en conjunto con la Universidad Adolfo Ibáñez para publicar, en el transcurso del segundo semestre del presente año, un compendio de las sentencias del Tribunal hasta el año 2006, con sus respectivos resúmenes y un índice.

Esta obra será complementada con un libro, que actualmente prepara la Universidad mencionada que reunirá los comentarios de importantes juristas sobre algunos de nuestros fallos y que también será lanzado próximamente.

Estas iniciativas se suman a nuestra permanente participación en actividades académicas, la que creemos de vital importancia para la promoción de una cultura de competencia en nuestro medio.

Respecto a la planta del Tribunal

Relacionado con la gestión del TDLC, es importante informar que desde mayo del año pasado nuestra planta de profesionales ha experimentado algunos cambios. Nuestro Secretario Abogado, Jaime Barahona, fue nombrado Subfiscal Nacional Económico y dejó el Tribunal después de dos años de brillante gestión, la que agradecemos especialmente. Fue reemplazado, previo concurso público, por el abogado y profesor universitario don Javier Velozo quien se desempeñaba como primer relator.

Paralelamente, el Tribunal, habida cuenta del aumento del volumen y complejidad de los asuntos sometidos a su conocimiento, consideró necesario aumentar el número de relatores y contratar, también mediante concurso público, a un profesional adicional. Gracias a la exigencia y alto estándares de todos estos concursos, contamos hoy con una reducida planta de profesionales de primer nivel que apoyan la labor del Tribunal. Esta planta esta compuesta por el Secretario Abogado, tres relatores y dos economistas.

Algunas cuestiones relevantes de las decisiones del TDLC en el año 2006:

a) Comentarios acerca de la relación del Tribunal y la intervención regulatoria del Estado

Como dijera hace algunos días en un seminario, existen determinados ámbitos en que la operatividad exclusiva del Derecho de la competencia no resulta posible o suficiente. En ellos se ha considerado razonable la actuación de la regulación. Es lo que ocurre en las situaciones de monopolio natural, o en que la competencia no asegura determinadas finalidades sociales.

Algunos tratadistas consideran que la actuación de los organismos de defensa de la competencia importa una suerte de regulación indirecta. Incluso en algunos ordenamientos jurídicos las agencias de competencia cumplen tareas de regulador horizontal o multisectorial.

En otros sistemas legales la defensa de la competencia no está concebida como otra forma de regulación, sino una alternativa a ella.

En nuestro medio, tanto los reguladores sectoriales como las autoridades de competencia aplican separada e independientemente las normas que a cada uno corresponde en la esfera de sus atribuciones.

Sin embargo, a pesar de que en algunos sectores los reguladores tienen un mandato legal genérico en orden a promover la competencia en sus áreas respectivas, en ocasiones, la intervención del Estado en las industrias, su no intervención oportuna o, derechamente, su abstención de actuar cuando debe hacerlo, va en sentido contrario.

Afectar negativamente la competencia puede haber sido una consecuencia prevista de determinadas políticas públicas cuyos objetivos no se limitan a propiciar la eficiencia, si no que buscan otros fines como una mas equitativa distribución del ingreso. Pero hay ocasiones en las que esto no es así; en las que, por acción u omisión del regulador o del fiscalizador estatal se perjudica la competencia en un determinado mercado en forma involuntaria.

Se nos han presentado algunos casos que dan cuenta de este fenómeno, a los que hemos dado solución con estricto apego a nuestras facultades, pero lo ideal sería prevenir estas situaciones.

Surge entonces la necesidad de estar atentos a evitar la duplicación de actuaciones o posibles incoherencias entre la actuación de los reguladores sectoriales y la de los organismos de competencia. Sólo de esta forma entregaremos mayores niveles de seguridad jurídica a los agentes económicos que participan en estas industrias.

b) Algunos comentarios referentes a temas probatorios y la importancia de la calidad de los informes económicos.

En otro orden de materias, quiero referirme en esta cuenta a uno de los desafíos más importantes que hemos debido enfrentar en nuestra labor jurisdiccional cual es el de la apreciación de las pruebas en los procesos seguidos por la comisión de conductas de difícil pesquisa. Como todos sabemos, esta apreciación debe realizarse siguiendo las normas de la sana crítica. Ahora bien, existen conductas ilícitas cuya comprobación, en muchas ocasiones, no puede realizarse por medio de la obtención y apreciación de pruebas directas. En estos casos, necesariamente debe recurrirse a medios probatorios indirectos como la prueba conjetural o circunstancial, como es conocida en el mundo anglosajón.

Nuestra ley nos permite inferir, a partir de hechos comprobados en la causa por prueba directa, la efectividad de hechos supuestos que resultan relevantes para nuestras decisiones. Así, las presunciones que se deducen válidamente son determinantes medios probatorios en estos casos.

Ahora bien, a este proceso deductivo pueden colaborar las opiniones de expertos que las partes allegan a los procesos. De ahí la importancia de la calidad y solidez de los informes técnicos y económicos que formen parte de los expedientes.

El mérito de las opiniones de los expertos acerca de la interpretación que puede darse a hechos de la causa está directamente relacionado con la rigurosidad del estudio y la justificación de las conclusiones que se proponen.

En cuanto a la información necesaria para el análisis de los mercados:

Relacionado también con la calidad y cantidad de información con la que cuentan los organismos de defensa de la competencia para realizar su labor, quiero hacer presente la necesidad de que como país, seamos capaces de producir más y mejor información de los mercados. Es común encontrarnos en nuestro trabajo con que nos hacen falta datos para realizar análisis más completos y precisos de la estructura de los mercados y del comportamiento de productores y consumidores. En parte esto se debe a la poca costumbre de muchos abogados de fundamentar sus casos con datos empíricos, pero también es consecuencia de la escasez de fuentes. Existe un claro déficit a este respecto de los organismos públicos y de los centros académicos por lo que es de gran importancia la realización por parte de ministerios y reguladores sectoriales, Superintendencias, Sernac, Fiscalía Nacional Económica, Instituto Nacional de Estadísticas, Universidades y otros organismos académicos, de levantamientos y procesamientos de datos sobre estructuras de los mercados, precios, hábitos de consumo de la población, etc. Esto nos permitirá mejorar sustancialmente la profundidad de los análisis estructurales y la calificación de las conductas de los agentes económicos que sean sometidas al conocimiento de este Tribunal, con el consecuente beneficio para la protección y promoción de la competencia en los distintos mercados.

Algunos comentarios al proyecto de ley que se tramita en el congreso y propuestas adicionales de mejoramiento del DL 211.

Desde el año pasado se encuentra en el Congreso un paquete de reformas al Decreto Ley N° 211 propiciadas por el Ministerio de Economía. Entre las enmiendas en discusión destacan aquellas que tienden a fortalecer las facultades de la Fiscalía Nacional Económica, como la que establece un programa de “*leniency*”, inmunidad o delación compensada para facilitar la pesquisa y sanción de los carteles.

Otras medidas están orientadas a mejorar el trabajo de este Tribunal, modernizando y racionalizando algunas normas procesales.

Sin perjuicio de las normas que actualmente se debaten en el Congreso, creemos que sería oportuno aprovechar el trámite legislativo para hacer algunas propuestas adicionales, por lo que remitiremos al Ejecutivo en los próximos días una petición dirigida a perfeccionar nuestra legislación en otros aspectos que nuestra experiencia diaria nos indica, son necesarios resolver.

Entre ellos cabe mencionar la posibilidad que el Tribunal pueda ejercer un control de admisibilidad de las acciones que se intenten, estableciendo la obligación del demandante o requirente de precisar las conductas del demandado o requerido constitutivas de una infracción a la libre competencia y hacer un señalamiento preliminar del mercado relevante en el que en opinión del actor estas conductas inciden.

Por otra parte, contemplar la facultad del Tribunal para sustituir de oficio el procedimiento de contencioso a no contencioso y viceversa, como una manera de evitar pérdidas de tiempo.

Asimismo, estimamos conveniente incorporar explícitamente en el artículo 18 N° 2) del DL 211, la facultad de la FNE para dar inicio a un procedimiento de consulta respecto de las operaciones que terceros se propongan ejecutar, pues no vemos razón para que actualmente no se contemple tal posibilidad, máxime si consideramos la importancia para el interés general que puede revestir el que la Fiscalía pueda consultar sobre operaciones de concentración en proyecto que puedan tener un fuerte impacto en el mercado respectivo.

Creemos necesario estudiar la posibilidad de reemplazar las tachas de testigos – propias del procedimiento civil - por un examen de credibilidad conducido por el Tribunal, que permita a este último interrogar a los testigos respecto de las circunstancias que estime conducentes a efectos de determinar la imparcialidad, credibilidad y verosimilitud de la respectiva declaración. Ello, sin perjuicio de que las partes puedan formular por escrito sus observaciones a este respecto. Lo anterior, habida cuenta de que el sistema de apreciación de la prueba que el DL 211 contempla es el de la sana crítica, por lo que no se ven razones de peso para la existencia de tachas, más propias de un sistema de prueba legal o tasada.

Parece útil para efectos del cómputo de la prescripción de las acciones establecer que, en materia de acuerdos, el plazo respectivo no empiece a correr mientras perduren los efectos de dicho acuerdo, independiente del momento en el que se produjo la confluencia de voluntades que le dio origen.

Además, habría que precisar en el artículo 20 del DL 211 que, la prescripción de la acción, inhibe al Tribunal de aplicar sanciones al infractor (multa), pero no de adoptar las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que sean necesarias para promover y defender efectivamente la libre competencia.

Con el objeto de alcanzar un uso óptimo de los recursos de los que disponemos para promover y proteger la competencia, creemos que es útil introducir una norma que permita al Tribunal, de oficio o a petición de parte y ante la inactividad por un número acotado de meses de las parte demandante en un proceso contencioso, decidir sobre la continuación o el archivo de los antecedentes con la extinción de acciones del caso. Lo anterior mediante una resolución fundada que se pronuncie sobre el eventual interés público comprometido en el asunto del que se trate.

Por último, creemos necesario abrir debate acerca de la dictación de una norma que faculte a este Tribunal a tener por acreditada la voluntad dolosa del imputado a partir de los efectos materiales –y debidamente acreditados- de sus conductas. Esta presunción podrá ser, en todo caso, refutada por el imputado si prueba que tanto sus conductas como los efectos de éstas pudieron haber resultado de una voluntad que no es contraria a la libre competencia.

Lo anterior pues no nos parece conveniente que deba exigirse la prueba del elemento subjetivo en materias de libre competencia, en circunstancias que se presume la voluntariedad de los hechos típicos en materia penal, máxima expresión del *ius puniendi* del Estado.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA LEY N° 20.169 QUE REGULA LA COMPETENCIA DESLEAL

Recientemente se dictó una ley de gran relevancia, relacionada con la función de este Tribunal. Me refiero a la Ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal, publicada en el Diario Oficial con fecha 16 de febrero de 2007.

A este respecto es de recordar que las antiguas Comisiones Preventiva y Resolutiva, se ocuparon de los temas de competencia desleal que aun cuando muchas veces no tenían efectos desde el punto de vista de la libre competencia, tampoco tenían asignada otra sede en que pudieran ser resueltas.

La ley 1991 que creo el Tribunal resolvió en parte esta cuestión estableciendo que para que un acto de competencia desleal pudiera ser sancionado por éste, debía tener por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante, con lo cual se acotó el conocimiento del Tribunal a aquellos actos de competencia desleal que estuvieran calificados por su impacto en el mercado.

La ley de competencia desleal recientemente publicada que se refiere a los actos de competencia desleal simples o privados, establece un conjunto de acciones ante los juzgados civiles con el objeto de resolver estas materias. Sin embargo, al permitir la coexistencia de estas acciones con las propias del DL. 211, se presta para equívocos que el Tribunal deberá resolver.

A lo anterior cabe agregar que la ley 20169 encomendó a nuestro Tribunal la aplicación de las multas que procedieran, estableciendo parámetros para su determinación e incorporando con ello nuevas atribuciones o deberes.

Es de esperar que lo anterior no produzca una sobre utilización de los procedimientos contenciosos de que conoce el Tribunal, apartándolo de la tarea que naturalmente le corresponde.

Relaciones internacionales:

Desde su fundación el TDLC ha tenido especial preocupación en mantener lazos permanentes con las agencias de competencia del mundo. A su activa participación en la *Internacional Competition Network*, organización en la que el Tribunal ha co-presidido uno de sus grupos de trabajo, debe sumarse su participación en distintos foros internacionales en Europa y América. Especial mención merecen los Foros Latinoamericano e Iberoamericano de Competencia. El Foro Latinoamericano bajo el liderazgo de España propicia la Escuela Iberoamericana de Competencia, a cuyos últimos cursos realizados en Madrid, Cartagena de Indias y Antigua, Guatemala, han asistido profesionales de nuestro Tribunal. Por otra parte, es de mencionar la relación bilateral especial que ha establecido con algunas agencias de Latinoamérica. Recientemente, el Secretario Abogado del Tribunal participó en un encuentro de autoridades de competencia centroamericanas que tuvo por objeto echar las bases de la cooperación para dar forma a la institucionalidad de la competencia en aquellos países en que no está estructurada. En especial, con la Superintendencia de Competencia de El Salvador se ha avanzado en un acuerdo de cooperación. Hoy, precisamente, está entre nosotros el representante de ese organismo, don José Enrique Sorto Cambell, Miembro Propietario de su Consejo Directivo, con quien firmaremos en breves minutos un acuerdo de cooperación técnica.

Creemos indispensable que los organismos de defensa de la competencia de los distintos países mantengan una fluida relación. La realidad nos obliga a ello. Gran parte de las empresas realizan sus operaciones en una multiplicidad de países por lo que ocurra en los distintos mercados nacionales tiene implicancias en mercados internacionales. Es el caso de los procesos de concentración económica importantes, por ejemplo. Adicionalmente, en muchos casos, las infracciones a la competencia tienen efectos en diversas jurisdicciones nacionales.

Es fundamental entonces, fortalecer los mecanismos de cooperación internacional, de intercambio de información y experiencias. Estos mecanismos no necesariamente deben ser formales, lo importante es que maximicen el rendimiento de los esfuerzos de las distintas agencias, eviten duplicaciones y permitan determinar con facilidad lo que en la red europea de competencia llaman “autoridad mejor situada” para conocer de una conducta ilícita, acceder a pruebas y sancionarla.

Paralelamente continuaremos participando activamente en los foros y organizaciones internacionales de competencia que existen con una carácter formal e impulsando con fuerza la creación de las que sean necesarias, teniendo en especial consideración la necesidad de avanzar, a nivel iberoamericano antes que nada, en la construcción de espacios que promuevan coordinadamente la libre competencia.

Estos esfuerzos de cooperación y coordinación internacional no sólo generan beneficios para la defensa de la competencia, si no que también otorgan a los

empresarios mayores certezas jurídicas respecto de la existencia de reglas previsibles de protección de la competencia a nivel internacional.

En síntesis, debemos fomentar junto a la Fiscalía Nacional Económica, desde nuestros respectivos ámbitos y como parte de nuestro deber de promover la competencia, la conformación de redes internacionales y mecanismos de cooperación general, para la discusión teórica y la cooperación técnica y de mecanismos específicos, como la que se refiere a casos particulares, al análisis de concentraciones económicas y los intercambios de información de mercados.

Promoción de la competencia y transparencia:

En los próximos meses y con el objeto de prestar un servicio cada vez mejor y más transparente a los operadores del sistema y a la ciudadanía en general, implementaremos un nuevo portal en Internet que reemplazará al actual. Será un portal muy completo en el que no sólo podrá encontrarse una recopilación de la jurisprudencia del Tribunal y de la legislación relevante, las noticias importantes y enlaces de interés con los otros portales nacionales e internacionales, todo ello con un eficaz motor de búsqueda, si no que también contendrá las principales piezas públicas de los expedientes en actual tramitación y la totalidad de las resoluciones que se dicten durante los procesos, las que podrán consultarse el mismo día en el que sean emitidas. De esta forma los abogados y el público podrán optar por seguir los procesos de su interés por medio de Internet, lo que esperamos constituya un paso sustancial en la gestión del Tribunal y en su relación con sus usuarios y los ciudadanos. Pero además, los beneficios adicionales del portal estarán en el ámbito de la transparencia y del control social

no sólo del trabajo del Tribunal si no que también del de las partes y consultantes y de todos aquellos profesionales que realizan informes técnicos, económicos y en derecho. En efecto, aquellas presentaciones e informes, que no tengan el carácter de reservados o confidenciales, estarán disponibles para el conocimiento público y podrán ser estudiados por profesionales especializados, académicos y ciertamente los medios de comunicación.

Estamos seguros que este esfuerzo de transparencia dará en el corto plazo importantes frutos que se reflejarán en la precisión y robustez de presentaciones e informes que sean sometidos a consideración del Tribunal.

Señoras y señores

Al instalarse el Tribunal, en mayo de 2004, el Presidente, los Ministros, los profesionales y su personal asumimos, en conjunto, el compromiso de dar lo mejor de nosotros mismos para que este Tribunal alcanzara los niveles de excelencia que los delicados asuntos de que les correspondería conocer les exigían. Creemos haber cumplido con tal compromiso y sometemos al juicio de la comunidad jurídica, académica y de la opinión pública en general, nuestra gestión. Recibiremos con altura de miras las críticas que se nos puedan formular que puedan mejorar nuestro trabajo.

En lo personal agradezco a los señores Ministros, a los profesionales y personal del Tribunal, su dedicación y entrega al servicio y reitero el compromiso ya asumido.

Muchas gracias.