

**CUENTA PÚBLICA DEL PRESIDENTE
DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

DON TOMÁS MENCHACA OLIVARES

12 de mayo de 2016

.....

Señoras y señores:

Hoy debo rendir mi última cuenta pública. Después de doce años de integrar esta importante institución y de participar en su creación, desarrollo y consolidación.

Me voy con la tristeza de dejar un trabajo que me apasiona y a un grupo humano de excelencia, cuya única motivación ha sido el servicio público, aunque también con la alegría de dejar el cargo en manos tan capacitadas como las de Enrique Vergara, quien estoy seguro sabrá dirigir esta institución con sabiduría y prudencia, en una etapa de consolidación y en la que, además, deberá aplicar las nuevas normas que serán aprobadas en breve, lo que seguramente no estará exento de dificultades.

También me voy con la alegría de saber que en estos doce años la institución que me tocó integrar y presidir ha aportado en la tarea que a todos nos debe ocupar: la de hacer de Chile un país mejor; un país que logre el sueño que ya es antiguo y que siempre parece esquivarnos, el de convertirse en un país desarrollado.

Ello no significa convertirse sólo en un país rico, sino un país en el cual todos podamos convivir sanamente, en un clima de libertad y autonomía, de justicia, respeto mutuo y paz social.

Un país en que exista una mayor igualdad de oportunidades, para la cual es esencial que exista competencia en los mercados, pues son los mercados libres y competitivos los que hacen posible la innovación y la creación de los nuevos emprendimientos que hacen grande a una nación; los que permitirán no sólo el desarrollo material y espiritual de los habitantes de nuestra querida patria, sino también que éste se logre con la dignidad que proviene de haberlo logrado con esfuerzo.

Hoy se habla tanto de igualdad que parecemos olvidar que, junto con esa igualdad en dignidad y derechos a la que como sociedad debemos aspirar, también se encuentra la diversidad que es propia del hombre, que hace a cada una de las personas un ser único, irrepetible e irremplazable; diversidad que es fuente esencial de nuestros derechos más fundamentales, pues precisamente porque somos todos distintos nadie está de más, nadie sobra en el esfuerzo por alcanzar el bien común, que es, en definitiva, lograr en sociedad el bien de todos y cada uno de sus integrantes.

Por ello, la igualdad que debe protegerse en una economía de mercado es la de oportunidades, que nos permita desarrollar precisamente esa diversidad que permite la innovación y el emprendimiento.

Para ello debemos proteger la libertad de todos para determinar cómo desean configurar su vida; en qué especializarse; de qué manera; qué nuevos negocios emprender.

Por eso debemos preocuparnos cuando escuchamos voces que proclaman el odio y el enfrentamiento; que pretenden coartar la libertad con la excusa de lograr una mayor igualdad, no ya de oportunidades sino de resultados.

También debemos preocuparnos cuando sólo escuchamos críticas a las diversas instituciones que deben servir de base a nuestra sociedad. Cuando escuchamos generalizaciones que critican a la clase política porque hay algún político corrupto; a la iglesia porque hay algún pecador en su interior; a los empresarios porque alguno de ellos abusó; a los jueces porque se ha dictado alguna sentencia injusta; a los pueblos originarios porque alguno en su interior es terrorista.

Mis queridos amigos, precisamente en momentos en que aumenta la desconfianza entre nosotros y en nuestras instituciones, debemos volver la mirada a las bases de nuestro estado de derecho.

Entre esas bases desde siempre ha estado el respeto al derecho y a sus instituciones; el respeto a la presunción de buena fe en las relaciones entre privados; el principio de la confianza legítima en la relación de éstos con la administración; el principio de la presunción de inocencia en materia penal e infraccional.

Son estos principios, entre otros, los que nos impiden caer en aquellas generalizaciones odiosas que nos hacen tan mal. Son los que nos permiten mantener el clima de libertad y autonomía que son imprescindibles para nuestro desarrollo social e individual.

Sin embargo, en un estado de derecho es también fundamental hacer que las leyes se cumplan; es fundamental que los que, al hacer uso de su libertad defraudan la confianza que la sociedad ha puesto en ellos, sean duramente castigados; es fundamental que la libertad no se transforme en libertinaje.

Precisamente por ello la competencia necesita un principio regulador; por ello existen instituciones como este Tribunal; por ello éste ha sido duro con aquellos que han violado la ley, aunque siempre respetando las garantías procesales de los acusados e intentando actuar con prudencia y espíritu de justicia.

También es por eso que la ley ha estado aumentando las exigencias y sanciones a aquellos que la infringen.

Esta **cuenta pública** tiene para mi una especial importancia y significación y, pese a que la ley no exige su rendición, la entrego con la convicción de realizar un sano y necesario ejercicio de transparencia, deseando que el Tribunal continúe en un permanente camino de aprendizaje y perfeccionamiento con miras a fortalecer la institucionalidad económica de nuestro país y, en especial, la libre competencia.

Esta cuenta, por ser la última de mi ejercicio, tendrá una mirada más amplia. Me referiré no sólo a los desafíos que hemos enfrentado desde mi última cuenta pública en el ejercicio de la labor jurisdiccional; no sólo a los cambios que hemos vivido al interior del Tribunal y a sus estadísticas; no sólo a la discusión legislativa que tiene lugar en el Congreso Nacional y a los desafíos que se vislumbran.

También me referiré a la consolidación de nuestro modelo institucional y de la defensa de la competencia en estos doce años.

Como testigo privilegiado de esta consolidación, dado que soy el único ministro, y casi el único funcionario que está desde la creación del Tribunal, el único que también conoció desde dentro la antigua Comisión Resolutiva, puedo afirmar que la evolución ha sido notable. Puedo afirmar que tenemos una institución que ha llegado a una etapa de madurez y que está rindiendo buenos frutos, que son por todos conocidos.

Ya no hay nadie en nuestro país que no sepa que se debe respetar la libre competencia en los mercados. No hay nadie que no sepa los daños que pueden causar los abusos de unos pocos en el bienestar general, en la eficiencia de nuestros mercados.

Tampoco hay casi nadie que estime que infringir la libre competencia pueda ser un buen negocio. Si queda alguno, espero que dejará de pensarlo en el momento en que se apruebe la ley que establecerá sanciones de hasta el doble del beneficio obtenido con la infracción o

un 30% de las ventas de la empresa relacionadas a la infracción y sanciones penales a la colusión.

En efecto, la unión de sanciones disuasorias con herramientas cada vez más sofisticadas para la detección de infracciones a la libre competencia hace que hoy sea muy caro infringir la ley.

Cambios en la institución: contrataciones y nuevo portal de internet

En el período comprendido en esta cuenta pública la Secretaria Abogada Carolina Horn y el economista Stephen Blackburn buscaron nuevos horizontes profesionales, luego de haber aportado durante muchos años con su trabajo y dedicación a este Tribunal. Les deseamos a ambos un futuro lleno de realizaciones.

En su reemplazo designamos a María José Poblete como Secretaria Abogada, quien ya se ha sabido integrar con gran dedicación y excelencia a nuestro equipo de trabajo y, asimismo, acabamos de seleccionar a un nuevo economista, Nicolás Velasco, que se integrará a partir de la próxima semana.

En los meses que vienen partirán a especializarse en el extranjero los profesionales Álvaro Vives e Ignacio Parot, aunque este último a su regreso continuará trabajando con nosotros. Será una pérdida para nuestro equipo, formado por personas comprometidas con el servicio público y que creen en el trabajo bien hecho, pero será también una oportunidad para ellos y para que el Tribunal reciba nuevos y entusiastas talentos.

Portal de Internet

Cabe también mencionar que en octubre de 2015 terminó la marcha blanca de nuestro sitio de internet y lanzamos nuestra nueva página web, la que ha permitido facilitar el acceso de los usuarios a la información del Tribunal y cumplir con sus obligaciones legales en materia de transparencia activa.

Las partes y los demás interesados tienen a su disposición las piezas públicas del expediente principal, en una interfaz amigable y de fácil acceso.

Así, se suben a la página las audiencias, los estampados receptoriales, las certificaciones, además de las resoluciones y los escritos. Se ha procurado, también, ir subiendo expedientes antiguos, partiendo por aquellos de mayor interés público, tarea que está ejecutando permanentemente el personal de Secretaría.

En el futuro esperamos que el expediente electrónico sea un espejo cada vez más cercano al expediente físico y que el sitio del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se transforme en una fuente de información relevante en la materia, poniendo a disposición del público un nuevo motor de búsqueda y los documentos que puedan ser de interés en las investigaciones y estudios que se lleven a cabo en nuestra área, como los informes presentados o los resúmenes de las sentencias, en formato bilingüe, para facilitar su consulta desde el extranjero.

Esperamos con esto no sólo avanzar hacia la tramitación electrónica sino también fomentar la libre competencia y acercar a la comunidad al ejercicio de la justicia.

Algunos datos estadísticos:

A continuación me referiré muy brevemente a algunos datos estadísticos sobre la actividad del Tribunal, cuyo detalle se encuentra en su página web.

En los doce años de funcionamiento de este Tribunal, se han dictado 149 Sentencias correspondientes a procesos contenciosos, 49 Resoluciones respecto a consultas realizadas en diferentes materias, 4 Instrucciones de Carácter General, 12 Informes encomendados por leyes especiales, 18 Propositiones de Modificación Normativa y se han aprobado 13 Acuerdos Extrajudiciales.

Este último año se llegó a término en 12 procedimientos contenciosos, 8 no contenciosos y 2 acuerdos extrajudiciales.

Los procesos contenciosos terminados por Sentencia durante el último año presentaron una duración promedio de 556 días corridos, o 1 año y 6 meses, duración que es un 11% inferior al promedio del año anterior (de 628 días) y un 17% inferior al promedio del año que lo antecede.

Por su parte, los asuntos sometidos al procedimiento no contencioso que han terminado en Resolución o Informe en el último año, presentaron una duración promedio de 186 días corridos, cifra también

inferior al promedio del año anterior (de 223 días), al del año precedente a ese (238 días) y al promedio histórico (238 días).

Si bien estos resultados han implicado alguna mejora en la disminución de los tiempos de nuestros procesos, este sigue siendo un desafío para este Tribunal, especialmente si, como se espera, el volúmen de trabajo del mismo aumente con las normas legales próximas a dictarse.

Considerando las **conductas que son objeto de estudio en esta sede**, la más importante en términos porcentuales sigue siendo el abuso de posición dominante, aunque ha aumentado claramente la importancia relativa de la colusión a partir de la reforma legal del año 2009, que introdujo la figura de la delación compensada y otorgó a la Fiscalía las denominadas facultades intrusivas.

En efecto, durante el período que corresponde a esta cuenta pública se han presentado dos requerimientos por colusión que tuvieron como antecedente la delación compensada o el ejercicio de facultades intrusivas de la Fiscalía en la investigación. También se dictó sentencia en el mercado de asfaltos, sancionando una colusión cuya investigación se había iniciado por la denuncia interna de un ejecutivo realizada en el marco de un programa de cumplimiento, lo que provocó también la presentación de una solicitud de delación compensada.

Esto demuestra que estas nuevas instituciones –y también los programas de cumplimiento o *compliance*– están rindiendo los frutos

esperados, lo que se espera aumente luego de la reforma legal próxima a ser aprobada.

Respecto al **inicio de nuevos asuntos**, en el último año disminuyó en un 28% el número de asuntos ingresados al Tribunal respecto del año anterior, habiendo ingresado sólo 18 causas, en circunstancias que el promedio histórico es de 35 asuntos al año.

Finalmente, respecto de las **reclamaciones de sentencias y resoluciones** ante la Corte Suprema, del total de 149 sentencias dictadas por este Tribunal, 92 han sido reclamadas ante la Corte Suprema (un 62%). De ellas, sólo 13 han sido revocadas. En este último período se observa que la proporción de sentencias reclamadas aumentó respecto del año anterior, pasando de un 67% a un 75% de las sentencias dictadas. Por otra parte, de las 49 resoluciones pronunciadas por este Tribunal desde que comenzó sus labores, 8 han sido reclamadas ante la Corte Suprema y 6 han sido confirmadas.

Actividad internacional

Durante el último año, el Tribunal ha intercambiado su experiencia con otros organismos internacionales de defensa de la libre competencia, compartiendo en distintas sedes la labor y los desafíos enfrentados.

Así, el aún Ministro Enrique Vergara expuso en la reunión de Naciones Unidas, en Suiza y en el Tercer Congreso Internacional sobre Derecho de la Competencia en Colombia; el Ministro Javier Tapia fue invitado por las autoridades de Kenia, Argentina y Brasil; y, junto a la Ministra María de la Luz Domper, expusieron ante el Foro Latinoamericano de Competencia del año pasado, en Jamaica; por mi parte, fui invitado a

exponer en las Jornadas Iberoamericanas sobre carteles organizadas en Madrid por la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia de España (CNMC); a hacerlo en un Congreso sobre políticas públicas chilenas en la Universidad de Chicago así como en un simposio que tuvo lugar en Costa Rica, y a presidir un panel sobre delación compensada en el Foro Latinoamericano de Libre Competencia.

Ello, sin contar nuestra participación activa en las reuniones de competencia de la OCDE y de la ICN y las actividades de capacitación a nuestros profesionales.

Estos encuentros representan ocasiones únicas de aprendizaje y cooperación internacional para quienes representamos a este Tribunal, así como la oportunidad de mantenernos en la punta del conocimiento en nuestra disciplina.

Reforma legal.

Hagamos un poco de historia.

La **Ley 19.911**, de 2003 importó un gran avance en nuestro diseño institucional, estableciendo un sistema muy bien pensado, que es admirado en distintas jurisdicciones.

Se creó el TDLC, reemplazando las antiguas comisiones Resolutiva y Preventivas por un Tribunal especializado e independiente, con competencias para aplicar sanciones de carácter administrativo, estableciéndose una aún más clara diferenciación de funciones entre el TDLC y la FNE. Al mismo tiempo, se eliminó la sanción penal a los ilícitos anticompetitivos por las razones indicadas en su mensaje.

Luego, en el año 2009, en un nuevo e importante avance en nuestro derecho de la competencia, se dictó la **Ley 20.361** que, en lo esencial, estableció las denominadas **facultades intrusivas de la FNE**, que permiten al ente fiscalizador interceptar comunicaciones y efectuar allanamientos e incautación de antecedentes con auxilio de la fuerza pública, todo ello previa autorización judicial.

Estableció asimismo la figura de la **delación compensada**, que ha dado muy buenos frutos en la lucha contra los carteles, aunque en un comienzo fue entorpecida por la persecución penal efectuada en base a una antigua norma penal que a mi juicio no fue pensada para ello (la del Art. 285 del Código Penal).

Por último, **augmentó el límite máximo de las multas** para el caso de colusión (de 20.000 a 30.000 UTA)

Hoy hay un gran consenso entre los especialistas de que hay que seguir fortaleciendo el sistema de defensa de la competencia.

Todos queremos una persecución más eficaz de los atentados a la libre competencia, por lo que sólo debemos preguntarnos cuál es la mejor forma de hacerlo.

Hay consenso en la necesidad de contar con un sistema de control preventivo de operaciones de concentración; de mejorar el sistema de sanciones pecuniarias y de efectuar correcciones a la ley para mejorar y hacer más expeditos los procedimientos.

El proyecto de ley en actual tramitación pretende, entre otras materias:

- Exigir la dedicación exclusiva de los ministros del Tribunal, lo que parece adecuado atendido el grado de desarrollo y consolidación del mismo, así como las nuevas responsabilidades que se le asignarán luego de aprobarse esta reforma.
- Aumentar las sanciones pecuniarias, relacionándolas con el volúmen de ventas de la empresa (a un 30% del mismo por todo el tiempo que dure la infracción).
- Establecer sanciones penales a la colusión (de 5 años y un día a 10 años y con pena efectiva de cárcel de a lo menos un año).
- Establecer una regla *per se* para carteles duros. Ello, a mi juicio, no debería ser mayor problema en sede de libre competencia, pero podría serlo en sede penal.
- Establecer un sistema de control preventivo obligatorio de operaciones de concentración.

Por la vía de **indicaciones**, se ha incorporado al proyecto la idea de entregar al TDLC las causas por daños causados por infracciones a la Libre Competencia.

También la de incluir como tipos específicos el **interlocking y las participaciones minoritarias** en empresas de la competencia, sin señalarlos como nuevos ejemplos de los grupos de conductas ejemplificados en el art. 3º letras a), b) y c) -que comprenden todas las

posibles infracciones a la libre competencia de manera genérica-, sino como ejemplos distintos y sin establecer expresamente la exigencia de abuso de poder de mercado que, salvo en el caso de los carteles duros, siempre se requiere para poder infringir la libre competencia, en todas partes del mundo.

El Proyecto es a mi juicio **acertado al establecer un límite de multas relacionado con el beneficio económico** de la infracción o las ventas, aunque no establece un límite máximo como se hace en el derecho comparado, por lo que éste quedaría al criterio del Tribunal.

También se corrigieron prácticamente todos los problemas que existían en el proyecto original en lo que dice relación con la aplicación de sanciones penales al delito de colusión y que fueron expuestos por el que habla en esta misma tribuna, pues se establece que la titularidad de la **acción penal** radica en el Fiscal Nacional Económico, y que ésta no puede iniciarse sin que exista previamente una sentencia condenatoria ejecutoriada en sede de libre competencia.

Este importante cambio igualmente va a implicar nuevos desafíos en el trabajo tanto de la Fiscalía como del Tribunal, especialmente en lo que dice relación con la obtención de pruebas.

En la tramitación legislativa también se corrigieron los problemas relativos al régimen de recursos en el control preventivo de operaciones de concentración, que también fueron expuestos por el que habla.

Sin embargo, **nuevas aristas de discusión** han aparecido con la presentación de recientes indicaciones que abren nuevos flancos de preocupación, y bastante importantes.

Me preocupa que no exista tiempo suficiente para su discusión, pues estoy seguro que un buen análisis de las mismas llevaría a su corrección, si existe la oportunidad de que tal discusión se produzca.

Me refiero especialmente a las nuevas figuras infraccionales que se quieren incorporar a la ley, la prohibición absoluta del interlocking y de las participaciones minoritarias.

Con ambas indicaciones se cambia la actual técnica legislativa de tipificación general de las conductas por la idea de ir agregando conductas en la enumeración de ejemplos de infracciones a la libre competencia (que hoy son genéricos), con lo que, en lugar de ampliarse las conductas sancionables, dado que la actual enumeración comprende absolutamente todas las infracciones a la libre competencia, en los hechos, se puede terminar restringiéndolas.

Además, no se indica la exigencia de abuso de poder de mercado que debiera existir a su respecto, aunque ello podría solucionarse jurisprudencialmente por la vía de recurrir al tipo general establecido en el inciso primero del artículo 3 del DL 211.

Donde el error de técnica legislativa llega al absurdo es en la indicación que pretende prohibir y sancionar *“la participación de un grupo empresarial en el capital de empresas competidoras, que exceda del 10% de éste”*.

Se pretende establecer una prohibición absoluta –inédita en el derecho comparado– a una conducta que, en general, es lícita y, ello, en abierta contradicción con otra norma que se está dictando en la misma reforma legal, la que impone únicamente la obligación de notificar en forma previa las operaciones de concentración, pero no las prohíbe.

Es decir, si una empresa compra un 10% de una empresa de la competencia, ello está prohibido, pero si compra el 100% sólo debe consultar.

Más grave aún; hasta donde yo se el 100% excede del 10%, por lo que podría entenderse que una misma operación en una norma es considerada infracción y en la otra en principio se permite, aunque previa consulta obligatoria.

Espero que exista el tiempo y la dedicación necesarios para que esto se corrija, como ocurrió con otras disposiciones del proyecto.

Palabras finales

No puedo terminar estas palabras sin hacer un merecido reconocimiento a todos los que conforman el equipo de trabajo de este Tribunal, sin los cuales nada de lo que se ha logrado habría sido posible. El trabajo tenaz, inteligente y lleno de idealismo de todos y cada uno de ellos es lo que ha posibilitado los logros que hemos obtenido en la defensa de la libre competencia en nuestros mercados.

Creo que, en conjunto y como un equipo muy cohesionado, hemos efectuado un aporte importante en el desarrollo y consolidación de una

institución fundamental para el desarrollo de nuestro país, que ha logrado un merecido prestigio, tanto en Chile como en el extranjero.

Por ello, no puedo dejar de agradecer la dedicación abnegada y eficiente de nuestra funcionaria más antigua, María Virginia Olivares, así como del equipo de funcionarios que trabajan con ella, Rose Marie Cisterna, Loreto Moreno, Melissa Lezana, Marco Soto y Gilda Quiroz, que son la base sobre la que se construye nuestra institución y su cara más visible.

También a los excelentes profesionales que nos apoyan, María José Poblete, Alvaro Vives, David Peña, Ignacio Parot, Carolina Oñate, Andrés González, María Angelica Burmester y Christian Schalper así como a Alejandra Soto, nuestra querida y eficiente secretaria.

Por último, no puedo dejar de agradecer a los ministros María de la Luz Domper, Eduardo Saavedra, Javier Tapia, Enrique Vergara, Jaime Arancibia y Jorge Hermann quienes, cada uno con sus propias características, han contribuido a construir la sustancia y forma de esta institución, con gran dedicación, entrega y espíritu de servicio.

Finalmente, tengo la alegría de que mi último acto como Presidente del Tribunal sea entregar el cargo a un gran ministro, Enrique Vergara Vial, quien siempre ha demostrado una gran vocación de servicio público, la que conjuga con una enorme experiencia en el derecho de la competencia, tanto en su calidad de antiguo Fiscal Nacional Económico y de actual ministro de este Tribunal, como en la academia y el ejercicio privado de la profesión.

Es para mi una alegría hacerlo no solo por Enrique, para quien significa un merecido reconocimiento a una brillante carrera en el servicio público y en la defensa de la competencia, sino especialmente por el Tribunal, que estoy seguro seguirá avanzando en sus importantes responsabilidades bajo su conducción.

Su nombramiento es de sobra merecido por su excelente calidad humana y profesional, pero significa también un reconocimiento a la labor de nuestro Tribunal.

Estoy seguro que sabrá dar su impronta en esta nueva etapa que se inicia en este Tribunal y que sabrá afrontar sus nuevos desafíos con su estilo llano, la energía, optimismo y prudencia que lo caracterizan.

Le deseo el mayor de los éxitos.

Muchas gracias.