

## **CELEBRACIÓN DÍA DE LA COMPETENCIA 2018**

### **Discurso del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia**

En primer lugar, quiero felicitar a la FNE por este nuevo Día de la Competencia. Este evento cumple hoy su 16° Aniversario y me consta lo complejo que es organizar año a año un foro de esta calidad, con distintos temas y expositores. La presencia del Presidente de la República y del Ministro de Economía distingue este día y es un signo muy relevante sobre la importancia que ha adquirido la política de competencia en Chile durante los últimos años.

En varias oportunidades me he referido a las fortalezas de nuestro sistema de libre competencia. Hoy quiero volver a reiterarlo porque creo que es bueno remarcarlo y porque creo que debemos valorarlo, año a año.

Por un lado, desde el punto de vista institucional, contamos con autoridades asentadas, técnicamente sólidas y que tienen sus funciones claramente diferenciadas. La Fiscalía Nacional Económica (FNE) orientada principalmente a investigar conductas que pueden ser contrarias a la libre competencia, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) encargado de conocer y juzgar los asuntos que se le presentan y la Corte Suprema cuya misión es revisar las decisiones que adopte el Tribunal.

Por otro lado, desde el punto de vista de las atribuciones y procedimientos, la última reforma legal introducida por la Ley N° 20.945 cerró el círculo, dotando al sistema de un procedimiento obligatorio de notificaciones de operaciones de concentración, de acuerdo con los más altos estándares internacionales, avalado por un estudio previo de la OCDE, que hoy ya está funcionando normalmente.

Asimismo, dicha ley se hizo cargo de otras materias muy relevantes: una mejor descripción del ilícito de la colusión; la regulación del *interlocking*; un nuevo un sistema de multas acorde a la experiencia internacional en la materia; se

establecieron penas privativas de libertad para ciertos casos de colusión; se otorgó competencia al tribunal para conocer las demandas de indemnización de perjuicios; y se agregaron una serie de facultades a la FNE para hacer más eficaces sus investigaciones, entre otras.

En suma, tenemos un sistema robusto el cual cuenta con todas las herramientas para hacer una efectiva aplicación y promoción de la política de competencia. Esto no quiere decir que nuestra institucionalidad no pueda sufrir otras modificaciones en el futuro, porque este tipo de legislaciones constantemente se perfecciona, pero la obra gruesa ya está terminada.

Corresponde entonces que como país cuidemos lo que tenemos. Porque no ha sido fácil llegar hasta donde estamos. Detrás de cada una de los grandes casos que han permitido que el país tome conciencia sobre la importancia de esta política pública, ha habido que tomar decisiones difíciles y enfrentar momentos de tensión. Detrás de cada reforma legal ha existido un permanente esfuerzo de persuasión sobre la conveniencia de adoptar instituciones, procedimientos o sistemas que a veces resultaban ajenos a nuestra idiosincrasia jurídica. Solo por ponerlo en perspectiva, yo creo que nadie de los que estamos en esta sala pensamos hace 10 años que íbamos a tener un programa de delación compensada funcionado de manera relativamente exitosa en Chile.

Cuidar este sistema, que tanto ha costado construirlo, es tarea de todos, no solamente de los organismos que estamos encargados de aplicar la ley. Todos tenemos que ayudar en esto.

Los abogados que litigan haciéndolo de buena fe, sin hacer presentaciones que solo busquen dilaciones o distraer la discusión principal; o utilizar otros foros cuestionando la constitucionalidad de normas de la ley de competencia que son claves para el adecuado funcionamiento del sistema, por muy legítimos que sean los intereses en juego.

La prensa, que cumple un rol fundamental en la promoción y difusión de la política de competencia, también debe hacerlo con rigurosidad, ser objetiva en sus análisis y reportajes.

La academia también juega un papel insustituible en la crítica intelectual sobre el trabajo de las instituciones, así como en la organización de seminarios, diplomados y otras actividades académicas.

En lo que atañe al Tribunal, nuestra principal obligación es impartir justicia en sede de libre competencia de manera oportuna y técnicamente sólida.

Como tribunal no podemos soslayar los cuestionamientos públicos que hemos recibido por la tardanza en dictar sentencia en algunas causas muy relevantes. Y lo primero que quiero dejar muy claro hoy es que estamos conscientes de la importancia de aquello. Somos los primeros en reconocer que tenemos que mejorar los tiempos, pero también es necesario que las cosas se miren en su contexto real.

En primer lugar, como ya expuse en la cuenta pública de mayo pasado, el número de causas que han ingresado al Tribunal ha aumentado en un 242% en comparación con el 2017.

Creo que esto es una buena noticia, es un signo muy evidente de la confianza que ha generado el sistema en nuestras instituciones. Pero junto con aplaudir esta muestra de confianza, tenemos que estar conscientes que esto trae un costo en términos de una mayor carga de trabajo y su consiguiente efecto en los tiempos de tramitación.

En segundo lugar, también quiero reiterar algo que he señalado con anterioridad. La tramitación de las causas se ha complejizado, especialmente aquellas que tienen su origen en investigaciones desarrolladas por la FNE en las que se han ejercido las facultades de incautación y el programa de delación compensada. Los expedientes son más voluminosos y las discusiones en temas adjetivos como la confidencialidad de la información contenida en documentos son largas; sin embargo, si bien estas discusiones pueden ser

demorosas ellas buscan resguardar una piedra fundamental de la libre competencia. Por lo mismo invito a los abogados a ser rigurosos en las solicitudes de confidencialidad y en el cumplimiento el Auto Acordado N° 16 de 2017.

En tercer lugar, debemos tener presente las complejidades de nuestros procedimientos frente a lo que acabo de señalar. Me explico. Por un lado, estamos en presencia de litigios en los que se presenta muchísima información y, por otro lado, gran parte de dicha información es confidencial porque estamos hablando de información estratégica de las empresas o de información aportada en el contexto de un programa de delación compensada. Sin embargo, tenemos un procedimiento contencioso al cual se le aplican supletoriamente las normas del Código de Procedimiento Civil (CPC) que es del siglo XIX. Y esta aplicación supletoria muchas veces no resulta compatible con la naturaleza de la materia que estamos tratando, lo que implica un desafío diario discernir hasta dónde resulta lógico y eficiente aplicar las normas de los libros I y II de dicho código en el caso particular que se está discutiendo. A modo ejemplar, esta semana resolvimos un tema que podría ser considerado menor como lo es si se aplica o no la tabla de emplazamiento y la verdad es que créanme que no fue sencillo hacerlo.

Todo lo anterior nos ha llevado a tomar medidas para ser más eficientes en nuestro trabajo. Se aumentó el número de sesiones a cuatro por semana y además se nos autorizó a contratar un relator más y otro economista dentro de nuestro equipo de trabajo.

¿Qué quiero decir con todo esto? Que el éxito del sistema ha aumentado la demanda de la ciudadanía y con ello la carga de trabajo de sus instituciones, y ha complejizado y sofisticado sus procesos. Y esto es un tremendo desafío para el tribunal porque en este nuevo escenario debemos y queremos mantener, y, si se puede, mejorar los tiempos de tramitación de nuestros procesos manteniendo la calidad de nuestras decisiones.

Sin embargo, no debemos olvidar que los tiempos de tramitación de nuestros procesos no dependen exclusivamente del Tribunal, porque las partes pueden solicitar la suspensión de las causas, el aplazamiento de las vistas y posponer las audiencias de prueba, por ejemplo.

Por otra parte, en lo que se refiere al contenido de nuestras decisiones, sabemos la importancia que éstas tienen para el funcionamiento de los mercados y, sobre todo, para los procesos de tomas de decisiones de los agentes económicos. En un área del derecho con normas tan generales como es el derecho de la competencia, la jurisprudencia es vital porque lo dota de contenido y de reglas.

Por supuesto que es deseable que las decisiones del tribunal sean lo más predecibles posibles. Sin embargo, debemos ser conscientes que la certeza total nunca se va a lograr; en primer lugar, porque las decisiones pueden modificarse, no hay nada grabado en piedra; en segundo lugar, porque somos un tribunal colegiado; y, en tercer lugar, porque este tribunal se renueva cada dos años.

Teniendo presente dichas restricciones, el tribunal ha transparentado los criterios y visiones que existen en su interior en temas tan importantes como el estándar de prueba aplicable en casos de colusión, el estatuto legal que debe aplicarse en materia de multas en aquellos casos de infracciones cometidas en un período prolongado de tiempo, los requisitos que debe tener una demanda para ser declarada admisible, la admisibilidad de consultas formuladas por terceros con interés legítimo, el alcance del procedimiento consultivo, los efectos de desistimientos parciales de la demanda, la admisibilidad de medidas precautorias, entre otras muchas otras materias.

En este orden de consideraciones, quisiera referirme a las discusiones que se han venido desarrollando en relación con los nuevos mandatos que nos ha conferido la Ley N° 20.945.

La materia más importante sin duda es nuestra competencia para conocer las acciones de indemnización de daños y perjuicios. A la fecha ha ingresado solo una demanda cuya resolución está pendiente y, por consiguiente, no podemos sacar conclusiones; sin embargo, es bueno poner en perspectiva lo que se está discutiendo en otras partes y lo que ya se ha resuelto por los tribunales civiles y nuestros tribunales superiores de justicia en los grandes temas que surgen en esta materia.

A nivel internacional, los grandes temas que surgen con ocasión de las acciones de indemnización de perjuicios derivados de ilícito anticompetitivos son los siguientes:

- 1. *Stand alone actions vs follow-on actions*:** es decir, si se permite o no que los afectados por un acto anticompetitivo puedan demandar perjuicios antes de que se pronuncie la autoridad de libre competencia. La discusión no es menor, especialmente en aquellos países en los que la aplicación de la ley sólo compete a la agencia.
- 2. *Prueba del hecho ilícito*:** esto es, si corresponde discutir nuevamente en el juicio indemnizatorio de daños, la prueba de la conducta ilícita.
- 3. *Exhibición de pruebas*:** vale decir, cómo se regulan las solicitudes de exhibición de documentos que pueden ser confidenciales. Especialmente delicada es la situación del acceso a información de los programas de delación compensada
- 4. *Daños Indemnizables*:** otro ámbito de estudio por parte de las autoridades de competencia o tribunales encargados de conocer las demandas de indemnización de perjuicios, es, por supuesto, todo lo relativo a la cuantificación de los daños, especialmente cuáles deberían ser indemnizables.

**5. Legitimación activa de compradores indirectos y defensa del pass on:** Por último, también se ha planteado el tema si los afectados indirectos por un acto contrario a la libre competencia tienen derecho a demandar y si, en esos casos, los infractores pueden oponer como defensa el hecho de que los compradores directos hayan traspasado los sobreprecios.

Muchas de estas problemáticas ya han sido abordadas por los tribunales civiles y las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, pero sin duda el Tribunal tendrá un enorme desafío en resolver situaciones como las descritas, para lo cual ya estamos trabajando con asesorías especializadas en la materia, especialmente en lo que se refiere a cómo cuantificar los perjuicios.

Otro mandato legal muy importante que nos entregó la nueva ley es conocer, a través de un recurso de revisión especial, las operaciones de concentración económica que son prohibidas por la FNE.

Dicho recurso, que como sabemos está regulado en el artículo 31 bis del D.L. N° 211, ya ha generado una intensa discusión al interior del tribunal sobre su sentido y alcance. En particular, las características de la revisión especial como recurso han sido consideradas especialmente al momento de utilizar la facultad de recabar antecedentes, de oficio o a petición de parte, establecida en el inciso tercero de dicho artículo 31 bis.

Por último, también ha debutado la reforma al artículo 39 ñ) sobre los acuerdos extrajudiciales. Como es de público conocimiento, hace tres semanas se llevó a cabo la audiencia para conocer el acuerdo extrajudicial celebrado entre la FNE y Tianqui, a la que asistieron numerosos intervinientes con interés legítimo que aportaron su parecer sobre el mismo. A raíz de este caso, el Tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el rol que cumple en estos acuerdos, señalando que la misma es una función de control, cuyo objeto es verificar que efectivamente el acuerdo cautele la libre competencia. No ejerce una función de revisión judicial y, en ese entendido, su análisis no tiene por objeto examinar los hechos que dieron lugar a la suscripción del mismo.

## **Conclusiones**

El TDLC está ocupado en cumplir con la misión que la ley le ha encomendado manteniendo un estándar de calidad y aspirando a entregar justicia de manera oportuna y otorgando certeza jurídica. Para ello está desplegando sus mejores esfuerzos y tomando las medidas que procuren dar celeridad a la tramitación de las causas, en aquello que esté en su poder. Los desafíos son importantes y esperamos continuar aportando constantemente a la consolidación de un sistema que de certezas a los agentes y resguarde la libre competencia en los mercados, como nos lo encomienda el legislador.

Reitero que es labor de todos quienes participamos del sistema el protegerlo y velar con nuestros mejores esfuerzos para que siga siendo una herramienta eficiente y confiable, como lo es hasta hoy e invito a todos quienes lo conformamos a sumarnos a este esfuerzo común.

Muchas gracias,



Enrique Vergara V.

Presidente Tribunal de Defensa de la Libre Competencia