

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Castro Prieto, señoras Aravena y Carvajal y señores Bianchi y De Urresti, que modifica el Decreto Ley N° 211, que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia, con el objeto de establecer limitaciones en la participación en los mercados, en el caso que indica.

Antecedentes

Desde la creación del decreto Ley N° 211 que fija las normas para la defensa de la libre competencia en el año 1973, en sus 47 años de vida no ha podido prevenir como se esperaba las operaciones de concentración o, peor aún, los abusos cometidos por variadas empresas. Ya en el año 2016 luego que el país viviera tres de los casos de colusión más importantes de los últimos años, la encuesta Cadem señalaba lo siguiente *“en diciembre de 2016 entre un 81% y un 87% de la población creía que carteles como el del papel tissue eran una práctica habitual entre las empresas. Según la misma encuesta, en esa época un 84% de las personas consideraban que las grandes empresas abusaban de los consumidores”*¹ Si bien la existencia de la fiscalía nacional económica considera dentro de sus funciones evitar dichas operaciones, las empresas o empresarios se las han arreglado para evadir las regulaciones vigentes y de algún modo, hoy la actuación de la fiscalía se ve reducida a reaccionar posteriormente de ocurrido el hecho consumado.

La teoría económica nos dice que para mantener la competencia en un determinado mercado debemos contar con diversos actores, que por medio de sus conductas aseguren un desempeño que permita mejorar las condiciones de bienestar social. En este sentido, podemos aseverar que la concentración de mercado es uno de los múltiples elementos que dificultan una adecuada fijación de precios a los destinatarios. Del mismo modo, esta concentración puede ser de forma indirecta, al darle poder de

¹ Especial Cadem-UAJ sobre el modelo económico y el nivel de competencia en Chile, disponible en: <http://www.cadem.cl/encuestas/26122016-plaza-publica-cadem-estudio-n-154/>

mercado a los actores existentes e impedir que otros interesados puedan participar, convirtiéndose en una barrera de entrada muy compleja de sortear. Por otro lado, en el tema de la concentración es necesario medir correctamente el mercado y considerar toda la competencia relevante. Es necesario, por ejemplo, considerar el comercio internacional, que en muchos casos es un componente importante de la oferta o la demanda, pero que suele ignorarse².

Por otro lado, nos encontramos con situaciones en que la participación limitada en un mercado de carácter oligopólico condiciona el comportamiento del consumidor, adecuando a los intereses de los oferentes las necesidades existentes.

En estos contextos de participación son varias las fórmulas que sirven para cuantificarla en un determinado ámbito de la economía, desde las clásicas, que van desde el monto de los capitales invertidos, hasta el monto relativo a las ventas o los ingresos de una empresa. Es así como la fiscalía nacional económica en su documento denominado “guía para el análisis de operaciones de concentración”, entiende que una determinada operación infringe o puede infringir las disposiciones del DL 211 cuando *“otorga, refuerza o incrementa, o puede otorgar, reforzar o incrementar la capacidad de la entidad fusionada, por sí sola o en conjunto con otras, para ejercer poder de mercado, o cuando tienda o pueda tender a ello”*. En este sentido, si una empresa concentrada tiene menores presiones competitivas que antes de la fusión, estamos ante una situación de concentración que otorga control de mercado. Es así como las concentraciones pueden llegar al extremo de eliminar el mercado, constituyendo monopolios u oligopolios generando el riesgo de que se consoliden **acciones coordinadas que impidan la competencia óptima**. Esas concentraciones no necesariamente deben estar ligadas a la propiedad de una determinada empresa, si esta propiedad no tiene una incidencia en la administración y capacidad de decisión.

² Estudios Públicos, 88 (primavera 2002). Claudio Sapelli

JURISPRUDENCIA NACIONAL

El Tribunal de la Libre Competencia en la causa no contenciosa **ROL NC-431-2015 P** que se inició en la consulta sobre adquisición de hoteles Sheraton y San Cristóbal Tower por parte de Inversiones Hoteleras Holding, cuya resolución de término en su considerando 116 al indicar que, *“Como se señaló, la Operación supone una concentración en la propiedad de los hoteles y no de su administración, razón por la cual el análisis de concentración debe realizarse desde la perspectiva de los propietarios de los hoteles. Sin perjuicio de ello, atendido que el mercado de servicios de alojamiento hotelero es el que importa para evaluar los eventuales efectos de esta Operación, el análisis de concentración asumirá que los propietarios ejercen el control completo de la administración de los hoteles (cuestión que fue prima facie descartada con anterioridad).”*.

De este modo, al considerar que existen un complejo sistema de factores que determinan la competencia, pero no solo determinan el poder dentro de un mercado definido, sino que las bifurcaciones económicas, sean consecuencia o no de la concentración, **producen limitación al emprendimiento pues se generan barreras de entrada que no resultan legítimas.**

Por su parte la Corte Suprema en fallo de fecha 6 de enero de 2020, causa ROL 1531-2018, a propósito del recurso de reclamación interpuesto por SCA Chile en el contexto de la colusión del papel *tissue*, ha señalado que: *“El derecho a la competencia, según lo indica la doctrina más consolidada, garantiza el orden público económico en el sector donde opera y se aplica la economía de mercado y comprende la tutela de los intereses envueltos, entre los que cabe mencionar el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado dirigido a conservar un mercado altamente competitivo. Esta misma doctrina ha sostenido que el valor normativo y ordenado de sus preceptos en los ámbitos donde se aplica, salvo los casos donde la actividad está monopolizada por el Estado, como ocurre en nuestro país con la explotación de ciertas sustancias minerales reservadas de forma excepcional para su establecimiento o beneficio, el reconocimiento a la competencia constituye un contenido esencial dentro de las libertades fundamentales y es expresión del pluralismo de libertades reconocidas formalmente en la Constitución.”*(CONSIDERANDO DÉCIMO). De este modo debemos entender que la

estabilidad y transparencia de los mercados son un interés primordial para el estado de derecho y el adecuado desarrollo de una economía como la nuestra.

Cabe señalar como ejemplo, que a propósito del caso papel *tissue*, a dos años de la denuncia realizada por la FNE, y conforme al estado realizado por la Consultora Euromonitor, la participación en el mercado de CMPC, fue del 76,1% con ventas por US\$446,5 millones, antes de develarse el caso esa participación bordeaba el 80%, de modo que en efecto la participación prominente en un sector otorga poder suficiente para alterar las reglas de un mercado sano.

CRECIMIENTO ECONÓMICO Y CREACIÓN DE NUEVAS EMPRESAS

En nuestro país solo el año 2018 se crearon más de 132.000 nuevos emprendimientos, cifra que, si bien ha ido descendiendo en los últimos meses como consecuencia de la situación social y sanitaria, la creación de empresas es un factor determinante para medir el crecimiento económico concreto. Durante el mes de diciembre de 2019, se constituyeron entre el Régimen General (Diario Oficial) y el Régimen Simplificado (RES) 9.860 empresas y sociedades en el país. De estas constituciones, el 77% se hizo a través del Registro de Empresas y Sociedades (RES) y el 23% restante, a través del Diario Oficial³.

Los nuevos emprendimientos nacen dado el dinamismo de nuestra economía, pero también por la vigencia de cuotas de mercado, pero en mercados que cuenten con la flexibilidad de ingreso, por ejemplo han pasado años sin que se haya abierto una nueva fábrica de cigarrillos en nuestro país, pues las normas rígidas y que tienden al desincentivo son barreras de entrada, panorama contrario encontramos en el mercado de la **alimentación, donde además de ser flexible el ingreso, la demanda es creciente y no existen normas que realmente constituyan un desincentivo al consumo de comida en**

³ Conforme al informe mensual de constitución de sociedad, elaborado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo y su División de Políticas Comerciales, disponible en : <https://www.economiaabierta.cl/dashboards/20627/registro-de-empresas-y-sociedades/>

general, salvo medidas como la tipificación por medio de sellos relacionados a los valores nutricionales de algunos componentes.

LEGISLACIÓN ACTUAL

Nuestra legislación en general solo establece una norma directa antimonopolio, sin embargo, **no se limitan expresamente los oligopolios como alteración de mercado.**

Por su parte el **decreto Ley N° 211, Que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia**, establece normas de carácter genérica, como lo es el artículo 3°, *“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.”*, esta misma norma en su inciso segundo contempla una serie de conductas, que entre otras atentaría contra el objeto de la ley, cual es *“promover y defender la libre competencia en los mercados”*.

La Fiscalía Nacional Económica ha señalado que *“...la OCDE hizo un llamado a las agencias de libre competencia a revisar los umbrales a la baja para detectar las denominadas ‘Killer Acquisitions’, Un documento sostiene que las empresas establecidas pueden adquirir objetivos innovadores únicamente para interrumpir los proyectos de innovación del objetivo y anticiparse a la competencia futura. Llamamos a estas adquisiciones ‘adquisiciones asesinas’ que son operaciones de concentración -compra y venta de empresas- gestadas en medio de la crisis sanitaria mundial. En cambio, en Chile hace poco tiempo hubo un ajuste al alza del umbral o monto máximo de venta de empresas al fusionarse que obliga a las sociedades a consultar frente a una fusión o adquisición”*.⁴ Ricardo Riesco, Fiscal económico señaló en una

⁴ Conforme a publicación Fiscal Nacional Económico: “Los abusos empresariales, graficados principalmente en colusiones, fueron una de las causas del estallido social” disponible en : <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/fiscal-nacional-economico->

charla realizada de forma telemática, la cual recoge la propuesta de la OCDE sobre las denominadas operaciones Killer Acquisitions y señala:

. *“Estamos pensando en revisar si corresponde adecuar los umbrales actualmente, pero también con claridad que no lo estamos haciendo a raíz de las ‘Killer Acquisitions’, porque para eso tenemos la herramienta del artículo 48 inciso 9º del DL 211. Chile tiene una verdadera joya de legislación, en el sentido de que sin perjuicio de que existan umbrales, tiene un año para perseguir aquellas operaciones de concentración que no han ingresado al sistema, porque no cumplían los umbrales”*⁵

Creemos que la reacción del **parlamento debe apuntar a medidas mucho más rigurosas** que eviten por un lado conductas reñidas con los procesos de mejoramiento de la **(1) calidad de vida de las personas**, como lo es la **(2) alteración de los precios** y que, a su vez, **(3) limiten el legítimo ejercicio del derecho a emprender**, consagrado incluso en nuestra Constitución en el artículo 19 N° 21.

No obstante, lo anterior, la opinión pública, entre otros asuntos, ha puesto en la **primera línea del debate la ética empresarial**, la cual influye directamente en la conformación de las dinámicas sobre las cuales operan los mercados. Es más, en el contexto de las medidas sociales que ha generado el gobierno del presidente Sebastián Piñera, se han anunciado y puesto en marcha iniciativas legales que apuntan a **sancionar con mayor rigurosidad los denominados delitos de “cuello y corbata”**. **La legislación debe ir más allá.**

[los-abusos-empresariales-graficados-principalmente-en-colusiones-fueron-una-de-las-causas-del-estallido-social/VITPGBMSONHGFEN2LOBFPBV2C4/](https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/fiscal-nacional-economico-los-abusos-empresariales-graficados-principalmente-en-colusiones-fueron-una-de-las-causas-del-estallido-social/VITPGBMSONHGFEN2LOBFPBV2C4/)

⁵ Conforme a publicación Fiscal Nacional Económico: “Los abusos empresariales, graficados principalmente en colusiones, fueron una de las causas del estallido social” disponible en : <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/fiscal-nacional-economico-los-abusos-empresariales-graficados-principalmente-en-colusiones-fueron-una-de-las-causas-del-estallido-social/VITPGBMSONHGFEN2LOBFPBV2C4/>

SISTEMAS COMPARADOS

La experiencia en los sistemas anglosajones es interesante, pues las primeras normas antimonopolios nacen en dicho contexto, el cual ha servido de referente para la formulación de varios modelos, incluido en parte el nuestro. **De hecho, hay poca literatura en español sobre killer ad.**

Es así como en el Reino Unido encontramos legislación que limita las fusiones, particularmente la *Enterprise Act 2002*⁶ con una autoridad competente, similar a nuestra Fiscalía Nacional Económica denominada Autoridad de Competencia y Mercados (CMA) por sus siglas en inglés.

El Control de Fusiones, *a priori* tiene como objetivo evitar que las empresas ganen poder de mercado como resultado de adquirir el control de sus competidores. En el Reino Unido, la CMA revisa todas las fusiones significativas con el fin de prohibir aquellas que puedan resultar en una disminución sustancial de la competencia. Las fusiones más pequeñas están exentas de escrutinio, es decir, si el volumen de negocios de la empresa adquirida es de setenta millones de libras o menos y las empresas combinadas no lleguen a más del 25% de cuota de mercado. En cuanto a las competencias represivas la CMA puede incluso ordenar la venta de parte de los negocios de empresas que puedan a raíz de su porcentaje de participación en el mercado afectar la competencia.

Fortalecer de esta manera nuestro sistema de libre competencia es necesario, considerando que la lógica histórica de nuestro país ha llevado a la generación de carteles, que poco a poco en los últimos años se han ido desenmascarando.

Si bien, los ejemplos de límites rígidos a la participación o cuotas de mercado no es una tendencia, existen varios e interesantes ejemplos. De este modo se ha regulado el mercado de la generación distribución y transmisión eléctrica en Colombia, donde las empresas han encontrado el límite de un 25% de participación en dicho ámbito económico.

⁶ Disponible en: UK Enterprise Act 2002. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/contents> (junio 2020).

EN Estados Unidos, existe una norma sobre cuota de mercados en ámbito bancario que data de 1994 (*Riegle-Neal*) la cual busca darle eficiencia a las sucursales y banca interestatal, la cual prohíbe acumular más del 30% de los depósitos de un estado determinado, con posterioridad la misma norma entregó a cada unidad estatal determinar el porcentaje, entre el año 1998 y 2008 al menos dos estados han dejado sin límite esta concentración, Michigan y Utah, esto dada la presión abolicionista de los lobistas al servicio de los bancos. Según datos de la Conferencia de Supervisores de Bancos Estaduales, los límites van de un 50% en Alaska al 13% en Missouri.

PROPUESTA NORMATIVA

Actualmente el decreto ley N° 211 en su artículo 3° considera tan cuatro hipótesis de hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, por su parte el artículo 4°, que constituye una norma antimonopolica básica, establece que *“No podrán otorgarse concesiones, autorizaciones, ni actos que impliquen conceder monopolios para el ejercicio de actividades económicas, salvo que la ley lo autorice”*, siendo ambas normas las únicas que contemplan una especie de descripción típica. Este proyecto pretende que se agregue una nueva hipótesis de prohibición, como limitación similar a la establecida en el inciso primero del artículo 4°, consistente en un porcentaje determinado de participación de mercado, con el fin de evitar la concentración y eventuales acciones u omisiones que afecten el desarrollo natural de un sector de la economía o de un determinado mercado.

IDEA MATRIZ

Limitar la participación porcentual de los actores de mercado a un nivel fijo, que permita asegurar la competencia plena sin caer en actos de corrupción, aprovechamiento en contra de los clientes o usuarios y que no constituya una barrera de entrada al mismo.

Por lo anterior es que proponemos el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo único. – Incorpórese un nuevo inciso segundo al artículo 4 bis del decreto con fuerza de ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley 211, pasando a ser el actual inciso segundo a ser inciso tercero y así sucesivamente, por el siguiente

“Con todo, ninguna persona, empresa o entidad podrá tener una participación a nivel nacional superior al 20% en un mercado determinado y en el caso de los bienes de primera necesidad este límite ascenderá al 30%.”