

INFORME SENADOR MANUEL JOSÉ OSSANDÓN
ENERO DE 2016

- 1.- RESUMEN ASESORÍA ENERO
- 2.- CONTEXTO AL SISTEMA DE PENSIONES Y ANÁLISIS DE LAS PROPUESTAS DE LA COMISIÓN BRAVO.
- 3.- MINUTA ARGUMENTATIVA PROYECTO DE LEY INICIADO EN MOCIÓN DE LOS SENADORES PROKURICA, ORPIS Y OSSANDÓN.
- 4.- MODIFICACIONES AL MARCO NORMATIVO PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ÍNDICE

	PÁG
1. RESUMEN ASESORÍA ENERO	3
2. CONTEXTO DEL SISTEMA DE PENSIONES Y ANÁLISIS DE LAS PROPUESTAS DE LA COMISIÓN BRAVO	4
3.- MINUTA ARGUMENTATIVA	25
4.- MODIFICACIONES AL MARCO NORMATIVO PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA DISCUSIÓN EN PRIMER TRÁMITE DEL PROYECTO DE LEY ...	28

INFORME MES DE ENERO

- Asistencia al Senado en días de Sesión:
5-6, 12-13, 19-20, 26-27

INFORMES

1. MODIFICACIONES AL MARCO NORMATIVO PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: DISCUSIÓN EN PRIMER TRÁMITE DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL DFL N°1, DEL AÑO 2004, DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y RECONSTRUCCIÓN, QUE FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DEL DL N°211, QUE FIJA NORMAS PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. BOLETÍN N° 9950-03
2. Sistema de Pensiones y Propuestas de la Comisión Bravo: Documento que contiene análisis y comentarios al Informe Final de dicha Comisión.

- MINUTAS

1. Minuta Boletín No. : Documento que contiene comentarios al proyecto de ley citado para la discusión en la Comisión de Derechos Humanos y Nacionalidad
2. Minuta comentarios al Perfeccionamiento a la Reforma Tributaria.

Los documentos que se describen contienen análisis económico sobre el Proyecto de ley que Perfecciona la Reforma Tributaria

CONTEXTO DEL SISTEMA DE PENSIONES Y ANÁLISIS DE LAS PROPUESTAS DE LA COMISIÓN BRAVO

I. INTRODUCCIÓN

Tras 16 meses de funcionamiento, finalmente la Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones (conocida también como Comisión Bravo) entregó un diagnóstico en materia previsional y formuló sus recomendaciones con miras a resolver las deficiencias identificadas en este proceso. La instancia presidida por el economista David Bravo, planteó tres propuestas globales (A, B y C) y un grupo de 58 medidas específicas que tuvieron votos de mayoría. De ahí, surgirá el Proyecto de Ley que se espera, sea aprobado durante el actual Gobierno en el objetivo de perfeccionar el modelo actual, para así incrementar el bajo nivel de pensiones que hoy por hoy está entregando el Sistema.

Chile ha sido pionero en desarrollar un Sistema Privado de administración de fondos que ha servido de ejemplo en muchos países como Australia, Suecia, entre otros, los cuales han adoptado parte de este modelo. De esta forma, la tendencia mundial está migrando hacia sistemas mixtos, como el chileno, que combina por un lado ahorros personales mediante cuentas individuales, y por otro, contribuciones de recursos públicos en el caso de que las pensiones no alcancen un mínimo aceptable. Además, el modelo adoptado por Chile permite, desde 2008, ahorros voluntarios que pueden ser administrados por tanto por las mismas AFP, como por compañías de seguros.

Así, hemos sido pioneros en desarrollar un sistema de capitalización individual para las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia, en el que los ahorros son administrados por instituciones financieras privadas que a la fecha administran un patrimonio superior a los US\$99.398 mil millones¹, lo que corresponde al 67,5% del valor del PIB, con rentabilidades sobre el patrimonio que alcanzan 29,6% (2014) y con una estructura de comisiones que ha exhibido una sostenida tendencia a la baja.

No obstante, lamentablemente gran parte de los jubilados están recibiendo una pensión que no les alcanza para cubrir sus necesidades básicas, lo que se explica más bien por razones ajenas al tipo de sistema –público o privado- como factores exógenos o paramétricos. Al existir una cotización sustancialmente menor respecto del sistema antiguo de 20% versus el 10% actual, se torna bastante difícil poder alcanzar una tasa de reemplazo del 70% de los últimos sueldos, sobre todo si a ello le sumamos la gran cantidad de lagunas previsionales, la mayor expectativa de vida, los bajos salarios, etc.

¹ Cifras al 31 de diciembre de 2014.

Es por esto, que la propuesta planteada en el Informe de la Comisión Bravo que alcanzó un mayor número de adeptos, pretende modificar ciertos parámetros más que migrar hacia otro modelo como por ejemplo el antiguo sistema de reparto.

El objetivo del presente informe es revisar el contexto institucional en el cual opera el sistema previsional y evaluar el diagnóstico alcanzado por la Comisión Bravo, en el marco de las propuestas formuladas y que vienen a modificar los parámetros del modelo vigente en la Ley N 3.500 de 1980².

II. ANTECEDENTES DEL SISTEMA DE PENSIONES

A grandes rasgos, existen dos grandes tipos de sistemas de pensiones en el mundo, aunque siempre se pueden encontrar algunos sistemas híbridos con mayor o menor ponderación de estos sistemas; ellos son el sistema de capitalización individual por un lado, y el sistema de reparto, por otro. A pesar de que ambos tipos de sistemas de pensiones tienen orígenes completamente diferentes (y premisas opuestas), con el correr de los años han convergido hacia sistemas mixtos, que intentan rescatar los beneficios de ambos tipos de modelos.

Básicamente podemos observar:

1. Sistemas de cuentas individuales o capitalización individual, en que es el propio trabajador dependiente el responsable de ahorrar para financiar su pensión futura con un aporte obligatorio expresado en términos porcentuales sobre el salario³.
2. Sistemas de reparto o beneficio definido, en que los trabajadores activos financian las pensiones de los jubilados, complementado con una contribución del Estado.

Debido a los cambios demográficos propios de un país en desarrollo, como el aumento en las expectativas de vida y la disminución en la tasa de natalidad, un número cada vez menor de trabajadores activos debe financiar la pensión de un número creciente de jubilados, lo que hace inviable y financieramente insostenible a los sistemas de reparto. Frente a esta situación, un conjunto importante de países ha ido cambiando este tipo de sistemas, por otros de cuentas individuales en que el trabajador es dueño de los ahorros que aporta a su cuenta individual por el periodo que cotice en la seguridad social.

El sistema de capitalización individual tuvo su origen en Chile, siendo diseñado por el entonces Ministro del Trabajo y Previsión Social, José Piñera en 1981. Debido al éxito de este sistema, otras naciones, entre ellas latinoamericanas, europeas, asiáticas e incluso oceánicas, han replicado este sistema de previsión social en los

² Que fue modificada por la Ley 20.255 de Reforma Previsional en 2008

³ En 2016, se sumarán de forma obligatoria quienes trabajen por cuenta propia y que finalmente se traducirá en que todos los habitantes tengan acceso a sus ahorros previsionales una vez finalicen su vida laboral activa de 65 años para los hombres y 60 años en el caso de mujeres.

últimos años. Actualmente, 13 países de la OCDE cuentan con sistemas de pensiones privados de carácter obligatorio o cuasi obligatorio, mientras que la mayoría de los restantes cuentan con planes voluntarios como complemento a sus sistemas públicos, que han contribuido a aumentar el monto final de las pensiones que reciben los jubilados.

En Chile, el sistema de pensiones está basado en tres componentes; el más fuerte es la capitalización individual, donde cada afiliado posee una cuenta individual en la que se depositan sus cotizaciones previsionales, las cuales se capitalizan y ganan la rentabilidad de las inversiones que las Administradoras realizan con los recursos de los fondos. Al término de la vida activa, este capital le es devuelto al afiliado o a sus beneficiarios sobrevivientes en la forma de alguna modalidad de pensión. En segundo lugar se tiene el Pilar Solidario, que son aportes públicos que complementan las pensiones que no alcanzan el mínimo para satisfacer necesidades mínimas, y en tercer lugar, se tiene un pilar de ahorro voluntario, donde quienes lo deseen pueden destinar cierto porcentaje –adicional al 10% exigido de imposición- a una cuenta especial de ahorro para la vejez.

De esta forma, la cuantía de las pensiones dependerá principalmente del monto del ahorro individual, de este modo se logra una relación directa entre el esfuerzo personal y la pensión que se obtenga. No hay duda de que el actual modelo ha dado mejores resultados en el aspecto financiero ya que se sustenta por sí mismo al ser los trabajadores quienes obtienen la pensión de acuerdo a sus propias cotizaciones. No obstante, las autoridades han modificado el sistema en varias ocasiones con el fin de ir introduciendo mejoras y adecuar el sistema a una sociedad cambiante y un mercado laboral deficiente.

Durante décadas, y en forma transversal a diferentes gobiernos de distintas sensibilidades políticas, no se realizaron grandes transformaciones al sistema a pesar del diagnóstico compartido sobre las insuficiencias que presentaba en cuanto a cobertura, garantizar pensiones con tasas de reemplazo significativas, la alta dependencia del Estado derivada de la necesidad de financiar pensiones mínimas (PMG) y asistenciales (PASIS), y el alto costo fiscal de la transición, entre otros. Entre 1981 y 2004, el déficit total del sistema de pensiones promedió anualmente un 5,7% del PIB y de éste, el sistema civil representó el 75% del total.

Debido a la alta carga que representaba el Sistema y con miras a aumentar las pensiones más bajas, en 2008, y tras concordar con las problemáticas que se habían generado en un esfuerzo conjunto, el sistema de pensiones se benefició de una reforma radical cuyo principal objetivo fue fortalecer los distintos pilares que lo componían, con énfasis en el pilar solidario, financiado con recursos del Estado, para aumentar la cobertura previsional en los grupos de alta vulnerabilidad, entre los cuales se encuentran especialmente jóvenes, mujeres y trabajadores independientes.

Así, la reforma previsional de 2008 reemplazó la pensión PASIS y la pensión mínima garantizada, por un “Nuevo Pilar Solidario” que buscaba incrementar los

niveles de pensiones de aquellos trabajadores que contaban con pocos años cotizando y que ha garantizado a todas las personas del 60% de los hogares más pobres de la población una pensión mínima de \$82.058 mensuales (a 2014), denominada Pensión Básica Solidaria, PBS, la cual ha significado un aumento de casi 50% en comparación con la pensión PASIS anterior. Al mismo tiempo, con la reforma de 2008, el sistema aumentó las bajas pensiones contributivas mediante un Aporte Previsional Solidario, APS que corresponde a una fracción de la PBS que se va reduciendo gradualmente a medida que la pensión va aumentando.

Cuadro N°1. Pilares del Sistema de Pensiones Luego de la Reforma de 2008

	Pilar Solidario	Pilar Contributivo	Pilar Voluntario
Programas	<ul style="list-style-type: none"> - Pensión básica solidaria de vejez - Pensión básica solidaria de invalidez - Aporte previsional solidario de vejez - Aporte previsional solidario de invalidez - Bono por hijo nacido vivo 	<ul style="list-style-type: none"> - Ahorro y capitalización individual, trabajadores dependientes e independientes - Afiliado voluntario - Subsidio a la contratación y cotización de trabajadores jóvenes - Educación previsional - Declaración y no pago automática - Licitación de nuevos afiliados 	<ul style="list-style-type: none"> - Ahorro previsional voluntario (APV) - Ahorro previsional voluntario colectivo (APVC) - Alternativas tributarias para APV y APVC - Bonificación por APV y APVC
Administración	Estado	AFP	AFP e instituciones autorizadas
Objetivo	Prevención de la pobreza en la tercera edad o en caso de invalidez.	Contribuir a un estándar de vida adecuado para los trabajadores que han concluido su vida laboral, procurando que éste se acerque razonablemente a aquél que tenían durante su vida activa.	Lograr pensión de reemplazo adecuada (tope 60 UF). Anticipar pensión y cubrir lagunas previsionales.
Financiamiento	Ingresos generales de la nación	Ahorro obligatorio de trabajadores	Ahorro voluntario afiliados

		dependientes	Complemento empleadores Beneficios tributarios
--	--	--------------	---

Fuente: Elaboración propia.

Por ende, la reforma transformaba el sistema desde uno meramente privado basado en la capitalización de los ahorros individuales, a uno que coexistiera tanto aquello como uno de reparto no contributivo. Así, se fortalecieron los distintos pilares (Solidario, Contributivo y Voluntario), posibilitando que sea el Estado quien asuma el riesgo de los más vulnerables financiándolos a través del pago de impuestos. En la actualidad, cuatro de cada cinco beneficios que entrega el Estado en pensiones, vía Pilar Solidario, los reciben personas que nunca cotizaron para jubilación o son beneficiarios del antiguo sistema de reparto.

Por otra parte, es importante analizar cómo se desglosan los pagos del Pilar Solidario. De acuerdo a cifras oficiales, a diciembre de 2014 la mitad de las prestaciones se entregan a personas que nunca cotizaron en un sistema de pensiones, que paga el IPS, y que equivalen al 62,3% de los beneficios mensuales. En cuanto al Aporte Previsional Solidario (449.491 prestaciones), que complementa las pensiones más bajas, lo reciben 314.736 pensionados del antiguo sistema y 134.755 pensionados de AFP. El 49,5% de las pensiones del antiguo sistema obtienen APS y sólo el 24,3% de las pensiones del nuevo lo reciben. Por ende, que el Estado apoye a los adultos mayores más necesitados, es una actitud solidaria de la sociedad con las personas y no con las AFP.

En síntesis, el 49,5% de las pensiones con Aporte Previsional Solidario recaen en personas atendidas por el IPS y sólo un 24,3% en pensionados de las AFP.

Cuadro N°2. Aportes Previsionales Solidarios a enero de 2013

	Pensionados de vejez y sobrevivencia > 65 años	Número de APS de vejez	Pensionados > 65 años que reciben APS
IPS	630.058 ^{a,b}	314.736	49,5%
AFP	555.093 ^c	134.755	24,3%
Total	1.191.151	449.491	37,7%

a. Pensiones IPS vejez incluyen antigüedad y vejez.

b. Pensiones IPS sobrevivencia incluyen viudez, orfandad y montepío.

c. Pensiones AFP sobrevivencia incluyen 50% de las pensiones de viudez (151.779)

Fuente: Suceso, 2013

De esta forma, desde la reforma previsional de 2008, el actual sistema de pensiones puede ser caracterizado como un sistema que combina un Pilar Solidario, financiado con impuestos generales, con uno de Capitalización Individual financiado con las contribuciones que cada individuo hace a su cuenta individual, y por tanto, incluye beneficios autofinanciados y subsidiados, por vejez, invalidez y sobrevivencia.

Cuando ya han transcurridos siete años de promulgada la reforma de 2008, el sistema aún continúa otorgando pensiones bajas, que promedian \$200.000 pesos aproximadamente, afectando la calidad de vida de un grupo importante de adultos mayores. Ante esta situación, es clave cuestionarse el porqué de esta realidad, cuáles son sus causas y posibles soluciones, y más importante aún, si las propuestas emanadas de la Comisión Bravo apuntan al corazón del problema, o si más bien se relacionan con elementos opinables y juicios de valor ajenos a la realidad nacional.

III. DIAGNÓSTICO DE LA SITUACIÓN ACTUAL DE ACUERDO A LA COMISIÓN BRAVO

III.A Principales definiciones

El informe de la Comisión Bravo presenta un diagnóstico un tanto duro señalando, a grandes rasgos, que el sistema de pensiones no ha sido capaz de generar los resultados esperados, pese a las modificaciones contempladas en la reforma de 2008. Las encuestas de opinión pública lo avalan, ya que un 70% de la población en Chile sostienen que las pensiones que entrega el modelo no alcanzan para financiar un nivel de vida en consonancia con las expectativas generadas. De acuerdo al diagnóstico levantado por la Comisión, el 50% de las pensiones entre 2007 y 2014 alcanzan valores iguales o inferiores a \$82.650, lo que incluiría también los aportes estatales por concepto de Aporte Previsional Solidario.

Este diagnóstico resultaría lapidario para el sistema de pensiones vigente en nuestro país, sino fuera por las arbitrariedades que se cometieron en el análisis y revisión de las estadísticas, supuestos y conclusiones alcanzadas por los Comisionados. A modo de resumen ejecutivo, se remiten los principales elementos de diagnóstico sobre el sistema de pensiones que llevaron a la Comisión a establecer sus propuestas y recomendaciones:

- Bajas tasas de reemplazo: En línea con el bajo monto de pensión, se observa que el 50% de los pensionados tienen una tasa de reemplazo equivalente, como máximo, al 34% de sus salarios promedios de los últimos diez años, promedio que difiere en gran medida al considerar la situación de hombres y mujeres. En ambos casos, el nivel de pensión se encuentra muy por debajo del existente en los países de la OCDE.

El Informe elaborado por la OCDE “Pensions at Glance”, señala que la tasa de reemplazo media para los hombres asciende al 37,7%, lo que sigue siendo bajo si se compara con el 63% promedio de la Organización. Y la situación de la mujer es bastante más perjudicial, con tasas que rondan el 30% para Chile.

Cuadro N°3. Tasas de reemplazo hombres en países OCDE

	Pension age	0.5	1.0	1.5
OECD members				
Australia	67	88.6 (84.6)	58.0 (53.4)	45.9 (40.9)
Austria	65	92.1	91.6	88.9
Belgium	65	64.2	60.9	49.1
Canada	67	63.0	42.9	30.2
Chile	65	48.7 (45.3)	37.7 (33.1)	38.0 (33.4)
Czech Republic	68	93.1	63.8	51.9
Denmark	67	103.2	66.4	57.2
Estonia	65	76.1	59.8	53.5
Finland	65	66.6	63.5	65.0
France	63	66.9	67.7	62.0
Germany	65	53.4	50.0	49.0
Greece	62	66.8	54.1	52.4
Hungary	65	89.6	89.6	89.6
Iceland	67	90.5	76.7	76.3
Ireland	68	70.1	42.2	32.5
Israel	67 (64)	85.7 (77.4)	68.8 (61.9)	50.3 (45.2)
Italy	67	82.2	79.7	81.6
Japan	65	53.3	40.4	35.5
Korea	65	64.3	45.0	34.4
Luxembourg	60	98.4	88.6	83.7
Mexico	65	35.5	28.4 (26.2)	28.1 (26.0)
Netherlands	67	101.3	95.7	94.1
New Zealand	65	80.8	43.0	30.4

Fuente: Pensions at Glance 2015

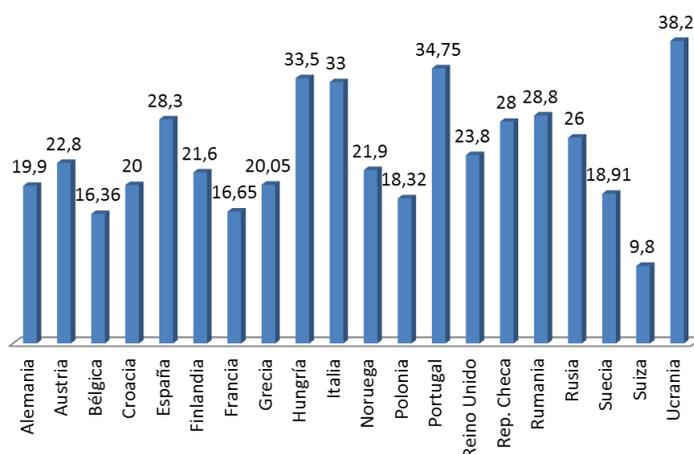
- Díficil situación de la mujer: Este último, es un punto que recalcan repetidamente los Comisionados, argumentando que la situación de la mujer al enfrentar el periodo de jubilación es bastante complicada. La mitad de las jubiladas obtienen pensiones iguales o inferiores a los \$42.561 mientras que para los hombres dicho valor se sitúa en \$112.333. La tasa de reemplazo para la mitad de los pensionados, también varía entre hombres y mujeres; para los primeros asciende a 60% mientras que para ellas, se ubican en un 31%.
- Proyecciones futuras pesimistas: Advierten también que el escenario actual no refleja los resultados del sistema adoptado en Chile, puesto que gran parte de los jubilados hoy, fueron imponentes en parte de su actividad laboral del sistema previsional de reparto vigente hasta 1980. Por ende, las proyecciones futuras serían aún más pesimistas, donde la tasa de reemplazo proyectada para los años 2025 y 2035 llegaría a un promedio de 39% y para la mitad de los pensionados no superarían el 37%.
- Mala valoración por parte de la ciudadanía: un 70% cree que las pensiones que entrega el sistema no alcanzan a financiar un nivel de vida adecuado.

III.B Causas del diagnóstico elaborado por la Comisión

Entre las causas que podría explicar este sombrío escenario, en opinión de los Comisionados destacan:

- i. Baja densidad de cotizaciones: El nivel de pensiones obedece en su mayor parte a la densidad de cotización. Del total de ocupados, solo un 69,3% cotiza regularmente. No obstante, el problema surge ya que la densidad no supera el 50% para el total de la población afiliada. Como el mismo informe de la Comisión señala, “la mitad de los hombres tiene una densidad de cotización menor al 47,5% y en el caso de las mujeres, la mitad de ellas tiene densidades igual o menor al 12,8%”⁴.
- ii. Baja tasa de cotización: Por otra parte, la tasa de cotización de 10% de la renta imponible con que rige hoy el sistema, se encuentra por debajo a la existente a nivel internacional (19,6% promedio en los países OCDE) e incluso menores a las de antiguo sistema de reparto.

Gráfico N°1. Tasa de Cotización, Países OCDE



Fuente: OCDE

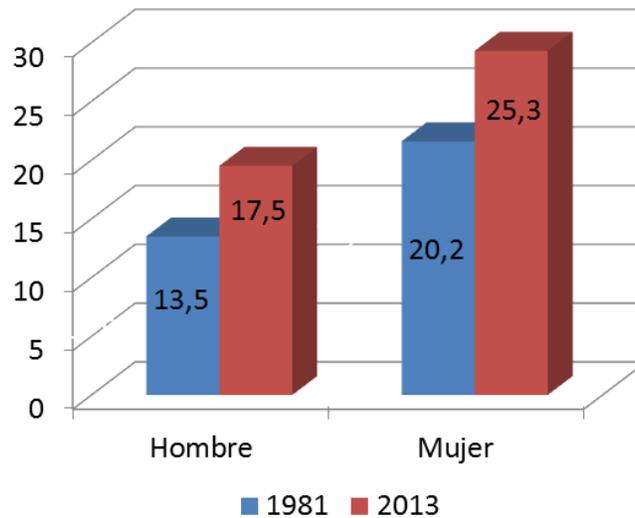
- iii. Cambios demográficos: especialmente, el envejecimiento de la población y el incremento de las expectativas de vida, han repercutido negativamente en el monto de pensión, dado que los mismos ahorros deben financiar una mayor cantidad de años de vida pasiva.

Las cifras revelan que estamos viviendo 9 años más al momento de jubilar, en comparación a los estándares existentes en 1980, lo que significa que el mismo monto de ahorro acumulado durante la vida laboral, tiene que durar

⁴ Informe página 15 del Resumen Ejecutivo de la Comisión Asesora Presidencial para el Sistema de Pensiones.

mucho más, hecho que trae sin duda un efecto negativo en el monto de la pensión. Como se observa en el gráfico a continuación, mientras en 1981, la expectativa de vida de los hombres era de 13,5 años a la edad de jubilación, y la de las mujeres era de 20,2 años, hoy la expectativa ha aumentado a 17,5 y 25,3 años, para hombres y mujeres, respectivamente.

Gráfico N°2. Aumento en las Expectativas de Vida



Fuente: INE

- iv. Brecha entre géneros: En cuanto a la disparidad de género, influiría la mayor cantidad de años sobre el cálculo de las pensiones para la mujer, ya que ellas jubilan a los 60 mientras que los hombres lo hacen a los 65. Además, la diferencia entre las tablas de mortalidad entre hombres y mujeres también perjudican a estas últimas ya que la esperanza de vida de la mujer es de 81 años versus la del hombre que es 76. Por último, la menor participación laboral de la mujer también afecta su pensión a recibir.
- v. Poca competencia: La Comisión Bravo señala que existe evidencia de baja competencia en precio entre las AFP, lo que queda confirmado ya que existe solo un 20% de los cotizantes afiliados actualmente en las AFP que ganaron la licitación y el restante 80% sigue pagando comisiones elevadas. Como resultado de este diagnóstico, los comisionados resolvieron circunscribir a sólo tres las alternativas propuestas para mejorar el sistema de pensiones nacional:

IV. PROPUESTAS

Tras varios meses de trabajo, que comprendieron un esfuerzo conjunto entre sesiones de trabajo por parte de los comisionados, participación ciudadana (audiencias públicas, encuestas y difusión a través de la página web), solicitud de estudios y seminarios internacionales, se redactaron tres propuestas. Ello constituye el primer paso visible en términos de la modificación al sistema

previsional que se intenta realizar. De aquí en adelante, será tarea de la presidenta materializar a través de un Proyecto de Ley, la medida que estimen pertinente.

Las tres propuestas recogen inquietudes diferentes, siendo la A y B las de mayor similitud. Es importante mencionar que los votos a favor de las medidas se distribuyeron en 12 votos para la propuesta A, 11 para la B y 1 para la propuesta más radical, la C.

Propuesta A: Fue la que obtuvo una mayor cantidad de votos y básicamente propone ajustar ciertos parámetros del sistema mixto que impera actualmente en el país como el pilar solidario, el contributivo e igualdad de género principalmente, constituyéndose como la medida más moderada.

Propuesta B: Muy cercana en cuanto a votos y proposición, esta propuesta busca incrementar la legitimidad del sistema y responder a los principios de la seguridad social mediante la creación de un componente de seguro social fundamentado en la solidaridad entre afiliados así como entre generaciones.

Propuesta C: Las medidas contenidas fueron las que contaron con una menor aprobación. Si bien buscan dar respuesta a las opiniones expresadas en la participación ciudadana, la propuesta es bastante radical al intentar adoptar un sistema de reparto puro.

Cuadro N°4. Propuestas Globales de la Comisión Bravo

	Propuesta Global A	Propuesta Global B	Propuesta Global C
Objetivo	Aborda el mandato presidencial construyendo a partir de la Reforma de 2008 por medio de políticas que se refuerzan mutuamente, se introducen gradualmente y están diseñadas para perdurar en el tiempo, a fin de que el sistema entregue mayores pensiones hoy y pueda, al mismo tiempo, mantener sus promesas a los futuros	Transforma el actual esquema de pensiones solidarias en un seguro social, con financiamiento tripartito. Se organizará a través de cuentas ciudadanas de seguridad social, y se mantienen tanto la pensión básica solidaria como la capitalización individual para los ingresos más altos de aproximadamente el 50% de los	Sugiere reemplazar el sistema actual, convirtiéndolo en un esquema de reparto y asume que los afiliados actuales del sistema de AFP son transferidos a este, junto a sus contribuciones y fondos, a cambio de una pensión mejor, definida, de por vida y no discriminatoria.

	pensionados	trabajadores.	
Propuesta	<ul style="list-style-type: none"> - Aumenta significativamente la pensión solidaria - Universaliza su cobertura - Introduce una nueva cotización de 2% de cargo del empleador destinada a las cuentas de capitalización individual - Crea una AFP estatal - Nuevas medidas para reducir las comisiones - Establece mecanismos para compartir las cotizaciones entre parejas año a año - Equipara las edades legales de jubilación entre géneros - Implementa tablas de mortalidad unisex 	<ul style="list-style-type: none"> - Se universaliza la cobertura de la pensión básica solidaria, excepto para aquellos de muy altos ingresos 	<ul style="list-style-type: none"> - La PBS y las pensiones muy bajas del sistema de reparto antiguo serán incrementadas de forma inmediata en al menos un 100%. - El monto completo de contribución será usado como ingreso para pagar las pensiones contributivas, sin usar subsidios estatales. - La edad de retiro efectiva se reduce a sus límites legales. - Las tasas de contribución no se aumentan hasta el año 2035, y luego se incrementan a un 25%
Financiamiento	A través de impuestos y establece una nueva cotización de 2% de cargo del empleador destinada a un Fondo Solidario	Con la contribución del 10% de todos los cotizantes, con un tope de \$350 mil, un 3% a 4% de incremento en la cotización de cargo de los empleadores	No se requiere de impuestos adicionales, como se pone fin a los subsidios monetarios directos e indirectos, se genera un ahorro

		más un complemento de aportes fiscales	fiscal anual del orden del 1,8% del PIB.
--	--	--	--

Fuente: Elaboración propia en base a las propuestas de la Comisión Bravo

La propuesta C pierde aprobación y credibilidad al constatar que los resultados que hoy otorga el sistema no tienen mucho que ver con el tipo de Sistema, - público o privado-, sino más bien con las características demográficas, las preferencias de los individuos, el mercado laboral, entre otros. Por ende, el migrar hacia un sistema de reparto, no solucionaría las fallas del sistema laboral y lo único que se lograría sería sobrecargar aún más al Estado con recursos que hoy no tiene.

El siguiente apartado, busca profundizar en las tendencias que han seguido los países OCDE y posicionar a Chile en términos de ciertos indicadores, para de esta forma poder determinar qué tan bien o mal estamos frente a países desarrollados.

V. ¿HACIA DÓNDE SE ESTÁN MOVIENDO LOS PAÍSES?

No existe una receta única en el desarrollo de los sistemas de pensiones. Cada país ajusta los propios de acuerdo al contexto específico, pero sin duda han entendido que los extremos no dan buenos resultados y un sistema únicamente público puede hacerse insostenible financieramente, mientras que uno sólo privado puede incurrir en cierta exclusión de los grupos más vulnerables de la sociedad. Lo que se está dando es una mezcla entre planes de contribución definida y programas de beneficio definido, públicos y privados, obligatorios y voluntarios.

V.A *Apreciaciones contenidas en "Pensions at Glance 2015"*

El último informe "Pensions at Glance 2015" revela sus apreciaciones en materia de pensiones, señalando lo siguiente:

1. Las secuelas de la crisis económica continúa afectando a los sistemas de pensiones.

La recuperación tras la crisis de 2008 se ha mantenido lenta en gran parte de los países OCDE y ello conlleva dos efectos principales. Por un lado las contribuciones al sistema de pensiones continúan bajas mientras que la presión

fiscal hace urgente modificaciones a los sistemas, especialmente a los puramente de reparto. Además, la incertidumbre en los mercados y las bajas tasas de interés, ponen en duda la capacidad de sostenibilidad en los sistemas de contribución definida. Estos desafíos se agravan al considerar la mayor esperanza de vida, así como la mayor porción de adultos mayores en relación a la población total.

2. Mayores esfuerzos para mejorar la sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones.

Cerca de la mitad de los países OCDE, han realizado medidas para mejorar la sostenibilidad financiera en los últimos dos años; las principales son por medio de aumentar los impuestos, incrementar la tasa de cotización y postergar la edad de jubilación, desarrollando incentivos para que los adultos mayores continúen en el mercado laboral.

3. Las pensiones básicas difieren sustancialmente entre los países en relación al diseño y la capacidad para luchar contra la pobreza.

Por ejemplo, la media de las contribuciones para quienes no aportaron durante su vida laboral, asciende a 22% del salario promedio, con una alta dispersión. Mientras en Corea o Turquía es de un 6%, en Nueva Zelanda, los aportes se elevan a 40%.

Por otra parte, en gran parte de los miembros OCDE, los gobiernos realizan transferencias adicionales para todos quienes hayan cotizado por más de 20 años.

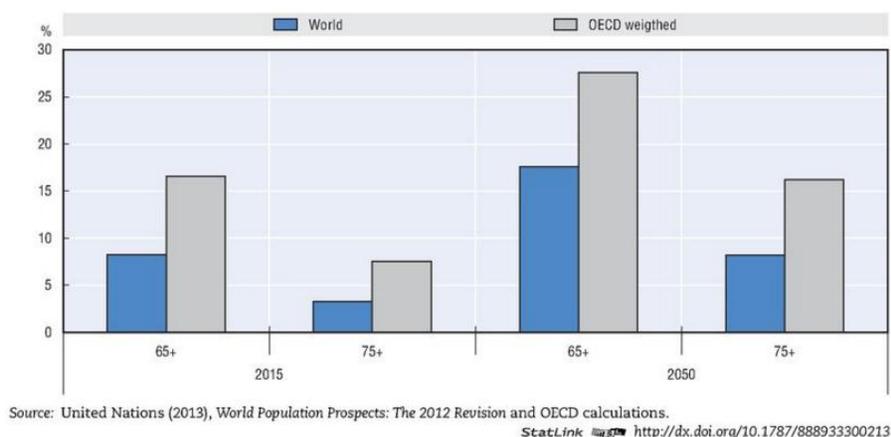
4. Ciertos factores afectan el monto de pensión de los jubilados.

Un año sin trabajo, significa una caída de 1% en la pensión. Por otra parte, el retraso en la entrada al mercado laboral en cinco años, provoca una pérdida de 6% en la pensión y el impacto mayor se encuentra en Chile y México, donde esa cifra alcanza el 15%.

Asimismo, la dedicación de las mujeres al cuidado de los hijos genera pérdidas importantes, por ejemplo, si la mujer interrumpe su trabajo por cinco años, pierde un 4% de su pensión.

Además pone un punto importante sobre la mesa, de lo cual hemos escuchado durante el último tiempo, esto es, la cada vez mayor porción de adultos mayores. En efecto, el porcentaje de este grupo, pasará desde el 8% del total de la población actual, a un 18% en 2050, como lo muestra el gráfico a continuación. En los países OCDE, este porcentaje aumentará desde el 16% actual a un 27% para 2050. Las consecuencias de este importante cambio demográfico serán especialmente negativas para los países que tienen sistemas de reparto, pues los hará insostenibles financieramente dado que un menor número de trabajadores activos tendrá que mantener a un mayor número de adultos mayores.

Gráfico N°3. Porcentaje de adultos mayores sobre 65 y 75 como parte del total de la población

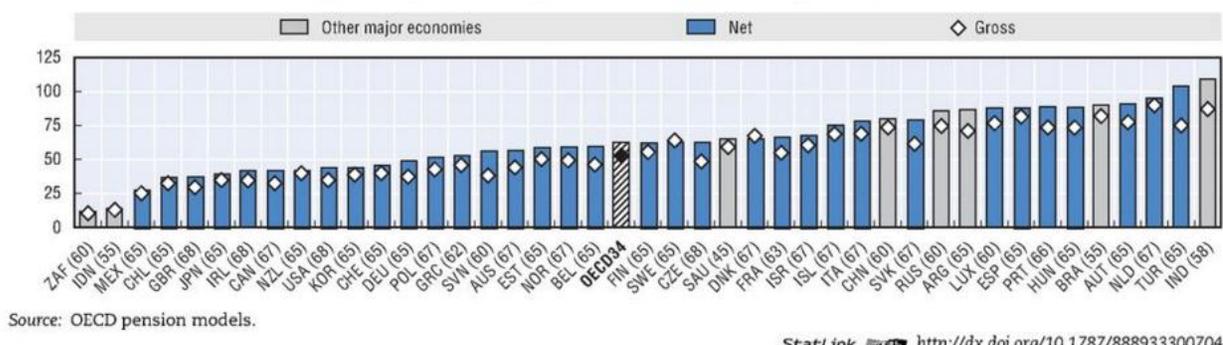


Entonces, ciertamente los países están frente a un tremendo desafío de por un lado asegurar pensiones mínimas, pero por otro, mantener la sostenibilidad financiera de las arcas fiscales. Esto, ya que tras la crisis financiera, la recuperación ha sido bastante lenta y la deuda se mantiene elevada, la que se ha incrementado desde un promedio de 55% del PIB en 2007 a un 88% en 2014 para los miembros de la OCDE.

V.B Resultados entregados por los Sistemas Previsionales

En términos generales y de acuerdo a la publicación de la OCDE en la materia, que simula tasas de reemplazo de largo plazo, muestra que Chile (37,7%) está por debajo del promedio OCDE (63%) ubicándose a la cola de la lista solo por encima de México, el cual posee una tasa de reemplazo de 28,4%. Pero esta simulación asume un retorno real anual de las inversiones de 3,5%, menos de la mitad de la rentabilidad histórica en Chile que alcanza 6%.

Gráfico N°4. Tasa de reemplazo media por país



A pesar de que según la OCDE nuestro sistema es el que peor tasas de reemplazo entrega junto a México, existen otros estudios que no evalúan positivamente. La consultora Mercer elabora cada año su informe “Global Pensión Index” donde detalla el nivel del sistema de pensiones en 20 países de todo el mundo de acuerdo a tres indicadores: idoneidad, sostenibilidad e integridad. Así, el índice de idoneidad representa los beneficios que se proporcionan actualmente, la sostenibilidad tiene su enfoque en el futuro y mide varios indicadores que pueden influir en la probabilidad de que el sistema actual sea capaz de proporcionar estos beneficios en el futuro y la integridad considera varios elementos que influyen en el gobierno y en las operaciones del sistema que afectan al nivel de confianza que los ciudadanos de cada país tienen en su sistema.

Según estas variables, los países con mejores sistemas de pensiones son los que se representan en este gráfico (los últimos datos son de 2014), identificados por diferentes colores:

Gráfico N°5. Evaluación Sistemas de Pensiones



Fuente: Mercer

Nivel A con un índice >80 (rojo): es un sistema de pensiones potente y de primera clase que otorga excelentes beneficios a los pensionistas y resulta sostenible en el tiempo con integridad en su operación. Dentro de este grupo sólo encontramos a Dinamarca el cual posee un fuerte componente privado.

Niveles B+ y B con índices entre 75-80 y 65-75, respectivamente (verde oscuro y verde claro): es un sistema que tiene una estructura sólida con muy buenas características, aunque algunas áreas se podrían mejorar para eliminar la brecha

con el nivel A. En este grupo tenemos a Holanda, Finlandia, Australia, Suiza, Suecia, Canadá, Singapur, Chile y Reino Unido.

Nivel C+ y C con índices de 60-65 y 50-60, respectivamente (azul oscuro y azul claro): se trata de un sistema con algunas ventajas pero con mayores riesgos y defectos que deben ser atendidos. Sin esas mejoras, la eficacia y sostenibilidad a largo plazo puede resultar muy cuestionable. Aquí tenemos a Alemania, Irlanda, EEUU, Polonia, Francia, Brasil, Austria y Sudáfrica.

Nivel D con un índice entre 35-50 (amarillo): es un sistema con características deseables, pero muchas debilidades y omisiones que deben ser resueltas. Su eficacia se encuentra en duda actualmente. Por último, dentro de este grupo tenemos a México, China, Japón, Corea, India, Indonesia e Italia.

Finalmente, también se debe tener en cuenta que las condiciones económicas de Chile en relación a los países OCDE no son precisamente favorables. Mientras el salario promedio por trabajador en nuestro país asciende a 11 mil dólares, el promedio OCDE es cuatro veces más.

Lo positivo de nuestro sistema de pensiones, y a lo que se debe gran parte de la evaluación de Mercer, es la capacidad de sostenerse financieramente, pues mientras el gasto público en pensiones como porcentaje del PIB en la OCDE asciende al 8%, en Chile solo alcanza el 3%, un aspecto positivo.

Cuadro N°5. Principales indicadores Chile - OCDE

		Chile	OCDE
Salario promedio por trabajador	CLP (millón)	7,02	24,2
	USD	11.588	40.007
Gasto público en pensiones	% del PIB	3,2	7,9
Esperanza de vida	Al nacer	79,8	80
	A los 65 años	19,6	19,3
Población sobre los 65 años	% de población	10,6	16,2

Fuente: Pensions at Glance, 2015

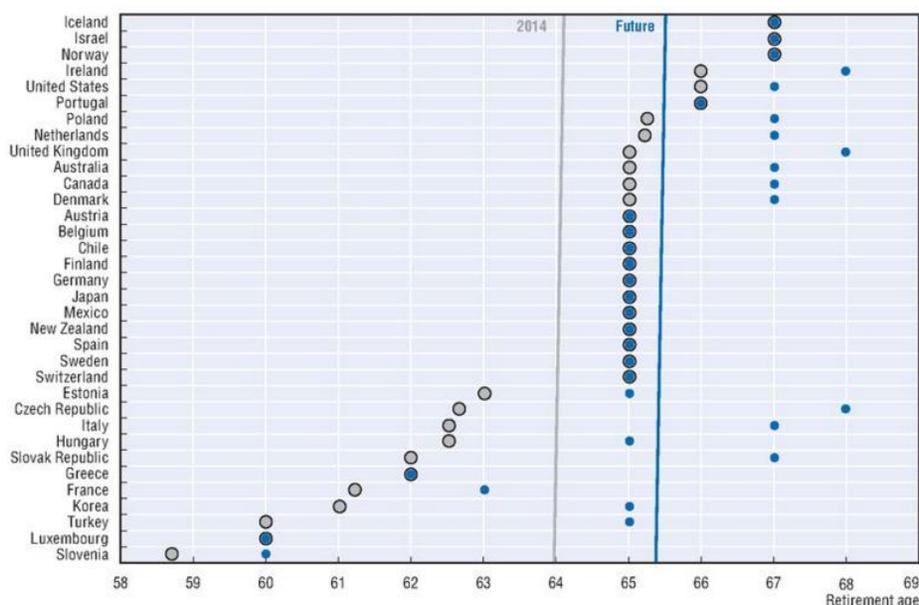
V.C Tendencias países OCDE

Entre 2009 y 2013, todos los países de la OCDE, independiente del tipo de sistema que poseían, debieron recurrir a reformas de sus parámetros, debido principalmente al cambio sustancial que ha sufrido la población durante los últimos años en aspectos no solo demográficos, sino también sociales y económicos y que según el Informe "Pensions at Glance 2013", tendrán por consecuencia un aumento del gasto en pensiones de aquí a 40 años más.

En general, se aprecian tres tendencias principales:

1. Reformas de los sistemas públicos encaminados a retrasar la edad de jubilación, y se espera que para 2050, las edades de jubilación de los países de la OCDE sea de mínimo 67 años, que tienen por objetivo mejorar la estabilidad fiscal de los sistemas.

Gráfico N°6. Edad de retiro actual y futura para hombres

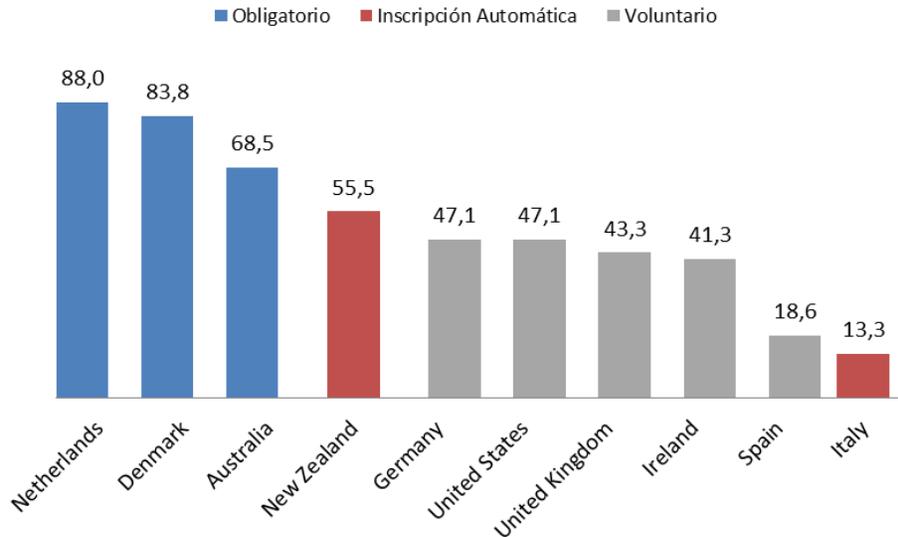


Source: See Chapter 5, Tables 5.7 and 5.9.

2. Reformas a los sistemas privados: La evidencia sugiere que ciertos países europeos (como Hungría o Polonia) han abolido o reducido significativamente sus sistemas de pensiones privados obligatorios debido a, entre otras causas, las altas comisiones de administración y los bajos rendimientos alcanzados. Pero por otro lado, países como Dinamarca y Holanda, que basan sus sistemas de pensiones en modelos privados, se muestran orgullosos por la capacidad de haber continuado con retornos positivos tras la crisis *subprime*.
3. Se espera que las pensiones privadas desempeñen un papel cada vez más importante en los ingresos de los pensionados. Este tipo de sistema es obligatorio o cuasi-obligatorio en 13 países de la OCDE. En cambio, las pensiones voluntarias son más comunes, siendo 20 los países de la OCDE que tienen sistemas de capitalización voluntaria en que los empleadores deciden si tendrán o no este tipo de planes para sus empleados. Entre estos países destaca Nueva Zelanda el cual ha experimentado un aumento importante de su cobertura producto de inscripción automática.

Actualmente, la cobertura privada en Nueva Zelanda alcanza el 55%, en otros como Italia, el 13,3% y hay varios que han modificado sus sistemas hacia uno público-privado como Australia, Alemania, Inglaterra o Estados Unidos.

Gráfico N°7. Cobertura de planes privados en países seleccionados OCDE (2009 en % de la población en edad de trabajar)



Fuente: Pensions at Glance, 2013

En general, las reformas de las últimas dos décadas han reducido las promesas de lograr un determinado monto de pensiones producto de los cambios hacia una mayor esperanza de vida por ejemplo, que implica financiar más años con el mismo monto de recursos. Sin embargo, la mayor parte de los países ha desarrollado mecanismos que protegen a los trabajadores de menores salarios por medio de ciertos beneficios, asegurando una pensión mínima, como el caso de Chile.

Las políticas encaminadas a diversificar los riesgos y aumentar los ahorros y montos de pensión en los países de la OCDE se pueden resumir en:

- i. Planes de pensiones voluntarias para mejorar las opciones de inversión para los trabajadores y aumentar la competencia entre los fondos. Canadá, República Checa, Polonia y Reino Unido han introducido estos sistemas.
- ii. Países como Canadá, Estonia, Hungría, Israel, México y Polonia, entre otros, han introducido reglamentos que permiten que los individuos tengan mayores posibilidades de elección sobre la forma en que los ahorros para su jubilación se invierten en planes privados. Al mismo tiempo otras medidas se han introducido con el fin de trasladar a las personas de forma automática en inversiones de menor riesgo cuando se acercan a la jubilación, una política recomendada por la OCDE en 2009.

- iii. La relajación de las restricciones a las opciones de inversión que promuevan una mayor diversificación de carteras de los fondos de pensiones. Chile, Finlandia, Suiza y Turquía han seguido este camino. Chile y Eslovaquia han legislado a favor de invertir en el extranjero y así cubrir el riesgo de impago nacional.
- iv. Desarrollo de acciones para mejorar las tasas de solvencia de los fondos de pensiones. Canadá, Chile, Estonia e Irlanda tienen normas más estrictas sobre la inversión en activos de riesgo con el fin de proteger los planes de pensiones de forma más eficaz. En Canadá e Irlanda, la intervención directa del Estado ha ayudado financieramente a los fondos insolventes de manera que puedan recuperar las pérdidas en sus valores de activos causadas por las crisis financieras de los últimos años.

V.D Situación América Latina

En cuanto a América Latina, las transiciones son claras. Chile comienza en 1981 sustituyendo su sistema de reparto por uno de capitalización individual para financiar sus jubilaciones, mientras que una ambiciosa reforma previsional en 2008 introduce un pilar solidario para aumentar la cobertura a los grupos más vulnerables. Pero es a partir de los años noventa cuando la mayor parte de los países comienzan a reformar sus sistemas con un objetivo común; hacer viables los sistemas previsionales en poblaciones que envejecían crecientemente y solo unos pocos países mantuvieron sus sistemas públicos de reparto puro.

A modo de ejemplo, y solo por mencionar algunos casos, Perú modificó su régimen en 1993, Argentina en 1994, Uruguay en 1996, Bolivia y México en 1997, El Salvador en 1998, Ecuador y Costa Rica en 2001, República Dominicana en el 2003 y Panamá en el 2005.

Cuadro N°6. Sistemas mixtos en América Latina

País hispanoamericano (Año implementación)	Institución de capitalización individual	Condición legal del sistema (único o mixto)
Chile (1981)	Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)	Mixto (desde 2014) ¹
Perú (1993)	Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP)	Mixto
Colombia (1994)	Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantía (AFPC o AFP)	Mixto
Uruguay (1996)	Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional (AFAP)	Mixto
El Salvador (1998)	Administradoras de Fondos de Pensiones de El Salvador (AFP)	único
México (1997)	Administradoras de Fondos para el Retiro (AFORE)	único
Costa Rica (2001)	Operadoras de Planes de Pensiones Complementarias (OPC)	Mixto
República Dominicana (2003)	Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)	único

Fuente: Wikipedia

Así, se observa que durante las últimas tres décadas, se han llevado a cabo reformas estructurales que han privatizado total o parcialmente las pensiones, sustituyendo los esquemas de prestación definida, financiación por reparto y administración pública, hacia sistemas privados caracterizados por una cotización definida, capitalización con cuentas individuales, y administración privada con fines de lucro que se combina con pilares solidarios financiados con recursos públicos. Comenzando con Chile en 1981, 23 países realizaron alguna privatización de pensiones, once de ellos en América Latina.

Pero los alcances de dichas reformas fueron diversos. Mientras Bolivia, Chile, El Salvador, México, República Dominicana y Uruguay siguieron un modelo que reemplazó el sistema público por uno privado; Argentina, Costa Rica y Panamá adoptaron un modelo mixto de dos pilares combinando una pensión abonada por el pilar público y otra por el pilar privado; y Colombia y Perú aplicaron un modelo paralelo en que los sistemas público y privado compiten entre sí. Nueve países mantuvieron sistemas públicos: Brasil, Cuba, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Venezuela.

Pero tras la crisis financiera en 2009, salieron a la luz ciertas falencias de los sistemas puramente privados en cuanto a la incapacidad de ciertos grupos de poder cotizar (desempleados, informales, etc.) lo que llevó a los gobiernos a implementar nuevas modificaciones. Entre 2008 y 2010, tres países implementaron nuevas medidas a sus sistemas privados con diversos enfoques pero en todos reforzando el papel del Estado: Chile mantuvo pero mejoró dicho sistema mientras que Argentina y Bolivia lo cerraron y transfirieron todos sus fondos y asegurados al sistema público. Por lo tanto, actualmente hay once países con sistemas públicos y nueve con privados.

Por otra parte, la evidencia muestra que la introducción de los sistemas de capitalización individual permitió mejorar la sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones y reducir los compromisos fiscales con dichos sistemas en el largo plazo, tras un período de aumento de los niveles de endeudamiento.

Los estudios realizados concluyen que hacia 2050, el tamaño del ahorro fiscal que generan las reformas que crean sistemas de pensiones de capitalización individual, en orden de importancia y en porcentaje del PIB, asciende a:

Cuadro N°7. Ahorro por Sistema Privado de Pensiones

País	Ahorro (% del PIB)	Año de inicio de operaciones del sistema capitalización individual	Tipo de sistema
Chile	211	1981	Único

Uruguay	152	1996	Mixto integrado
El Salvador	148	1998	Único
Perú	103	1993	Mixto en competencia
México	66	1997	Único
Colombia	18	1994	Mixto en competencia

Fuente: "A Simulation of Social Security Reforms in Latin America: What Has Been Gained?", Zvinieny y Packard, Banco Mundial, 2004

VI. CONCLUSIONES

Los resultados entregados por el Informe de la OCDE, revelan que el sistema chileno no está siendo capaz de entregar pensiones dignas y la tasa de reemplazo alcanza tan solo el 38%, muy por debajo del 70% sugerido por la Organización.

No obstante, para poder tomar medidas adecuadas en el objetivo de revertir esta situación, hay que precisar que el nivel de pensiones actual es resultado tanto de los parámetros del modelo, como de las características propias del mercado laboral. Tener las esperanzas en que una migración de modelo de carácter mixto a uno meramente de reparto mejorará el nivel de pensiones, sería un grave error. Esto tendría un efecto directo en la sostenibilidad financiera del país, que hoy ya se encuentra en un complejo escenario económico y obligaría a continuar incrementando la deuda.

Es cierto que tanto el esquema público de reparto como el privado basado en la capitalización individual, traen asociadas falencias que de uno u otro modo, afectan a la sociedad en su conjunto. Por ende, la tendencia global muestra una convergencia hacia un sistema mixto, que pueda asegurar una pensión mínima digna, pero que se complemente con ahorros en cuentas individuales de cada trabajador. Solo así, se ha logrado ajustar a la baja los recursos públicos para de aquel modo equilibrar las cuentas fiscales, y por otro, proveer de recursos suficientes a los adultos mayores a fin de mantener la calidad de vida que poseían previa su salida del mercado laboral.

Esperemos pues, que el Proyecto de Ley que ingrese próximamente al Congreso, sea capaz de contener medidas orientadas a lograr una mayor pensión en los adultos mayores, sobre todo, porque según el Servicio Nacional del Adulto Mayor –Senama-, en seis años más, habrá más adultos mayores que niños en Chile.

MINUTA ARGUMENTATIVA

RESUMEN DEL PROYECTO DE LEY:

El proyecto en esencia busca agregar a la Ley que crea y regula el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) una definición amplia de los actos constitutivos de violación a los derechos humanos, de tal manera de que en ésta definición se incluya expresamente, además de los actos cometidos por agentes del Estado o particulares al servicio de éste, también a particulares que, individualmente o asociados, actúen para cometer un acto lesivo bajo pretextos políticos, ideológicos, religiosos, económicos o raciales.

La principal motivación detrás de la Moción, es la falta de objetividad en su actuar por parte del INDH respecto al conflicto mapuche, denunciando regularmente las acciones de Carabineros de Chile que considera atentatorias de los DDHH, pero guardando silencio respecto de actos de tipo terrorista cometidos por individuos u organizaciones mapuches en contra de otros particulares.

I.- CONCEPTO DE “DERECHOS HUMANOS”.

El proyecto de ley sustenta su razón de ser en la existencia de una concepción amplia de lo que debe entenderse por “derecho humano”, de sus sujetos pasivos y activos, y de los casos en que debe entenderse violentado.

La cuestión relevante, y que ha sido objeto de discusión en la doctrina, es quién puede violar los derechos humanos o a quién le son exigibles en su respeto y cumplimiento.

Una primera postura, señala que solo el Estado y sus agentes pueden transgredir estos derechos.

Una segunda posición al respecto, recoge la opinión anterior, pero reconoce, además, que el Estado y sus agentes pueden violar los derechos humanos también por omisión, al no evitar que particulares abusen de otras personas, o por no dar el amparo o protección debido a quien recurre a este para defender sus derechos vulnerados.

Por último, existe la postura que sostiene que los derechos humanos pueden resultar exigibles no solo al Estado y sus agentes, sino también a los particulares, ya sea de manera refleja o directa, de manera que estos últimos también podrían violarlos.

En esta última postura, como señala la moción, **los derechos esenciales de la persona no solo emancipan o dotan al individuo de un área de protección y autonomía frente al Estado, sino que son principios y valores objetivos que vinculan al Estado, los particulares y la sociedad en su conjunto, como fundamento de la unidad política y de la legitimación del pacto social que se constituye mediante la Constitución adoptada por una comunidad política**

Esta postura tiene sustento en una serie de tratados, declaraciones e instrumentos legales internacionales vigentes en Chile: La Declaración Universal de Derechos Humanos; El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; El Convenio sobre igualdad en la remuneración (Convenio número 100 OIT); el Convenio sobre la

discriminación (Convenio número 111 OIT); La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, entre otros.

II.- EL TERRORISMO Y LOS DERECHOS HUMANOS.

De acuerdo a nuestra Constitución, el terrorismo es esencialmente contrario a los derechos humanos. Y sin embargo, el INDH no ha destinado sus esfuerzos al estudio de estas materias.

Dentro de las categorías de conductas terroristas reconocidas en la legislación internacional está aquella que se refiere a la violencia política de carácter indiscriminado cometida por grupos no gubernamentales.

De esta manera, las conductas terroristas, por esencia, generan un riesgo contra la vida, integridad o libertad de las personas; afectan a individuos ajenos a los motivos que se esconden tras la comisión del acto y emplean medios crueles e inhumanos en su comisión. Un ejemplo concreto: la colocación de bombas en lugares públicos por grupos con fines políticos o ideológicos de naturaleza clandestina, cuyo fin es victimizar por el miedo a un número indeterminado de personas, tal como sucedió en Región Metropolitana contra instituciones particulares, cuarteles de las fuerzas de Orden y Seguridad, de Gendarmería y organismos ligados a la persecución criminal. Otro caso evidente lo constituye la violencia en la Araucanía.

III.- FUNDAMENTOS Y OBJETIVO DEL PROYECTO.

Los objetivos principales del INDH son, entre otros:

- i. señalar a la atención del Gobierno las situaciones de violación de derechos en el país, proponer medidas para poner término a la situación y, eventualmente, opinar sobre la reacción y posición del Gobierno;
- ii. comunicar al Gobierno y a los distintos órganos del Estado, su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos que ocurran en cualquier parte del país;
- iii. proponer a los órganos del Estado las medidas que estime que deben adoptarse para favorecer la protección y la promoción de los derechos humanos y;
- iv. difundir el conocimiento de los derechos humanos, (...).

Al respecto, los autores del proyecto señalan que el INDH ha sostenido la tesis de que solo el Estado y sus agentes pueden violar los derechos humanos, por lo que han concentrado su trabajo de denuncia e investigación y los recursos que estos implican, solo en examinar y llamar la atención a las conductas de los agentes del Estado que consideren atentatorias contra la dignidad humana.

De esta manera, los autores de la moción señalan que *“se ha acusado especialmente a Carabineros de Chile de actuar de manera violenta contra estudiantes, manifestantes e integrantes de grupos cercanos a la causa de reivindicación de tierras asociada a comunidades mapuches. Alternativamente, su otro foco de dedicación han sido las violaciones a los derechos humanos cometidas por los agentes del Estado durante el período comprendido entre*

septiembre de 1973 y marzo de 1990, sin considerar aquellas llevadas a cabo por particulares.”

En contrapartida, los autores de la moción exponen que el INDH no ha denunciado los casos de violaciones a los derechos humanos cometidos por particulares, o grupos organizados de éstos, como son los actos perpetrados en los últimos años por grupos violentistas o extremistas. Se mencionan casos concretos en que el INDH ha guardado silencio:

- i. colocación de artefactos explosivos en la vía pública o en Instituciones de Orden y Seguridad;
- ii. en atentados, tomas, e incendios reiterados sufridos por grupos familiares (como los Urban);
- iii. el desalojo y quema de viviendas (como aconteció con los Seco Fourcade);
- iv. la quema de vehículos y ataques a personas que circulan por las carreteras;
- v. el intento de homicidio mediante una emboscada en contra de un fiscal y su comitiva de agentes del orden;
- vi. con el brutal asesinato del matrimonio Luchsinger Mackay en su domicilio a través del incendio de su casa. A estos hechos se suman los fallidos intentos de grupos antisistémicos de quemar vivos o linchar a Carabineros en servicio.

IV.- Conclusión.

Los actos contrarios a los DDHH cometidos por particulares, o grupos de éstos deben ser catalogados como absolutamente impermisibles en todo contexto, y deberían haber sido objeto de análisis por el Instituto de Derechos Humanos. Lamentablemente no ha sido el caso.

Existen fundamentos doctrinales, prácticos y racionales suficientes para aprobar el proyecto de ley. Estos fundamentos están sólidamente enraizados en la doctrina y en la legislación internacionales aprobada y ratificada por Chile.

PROYECTO DE LEY

Artículo Único.- Modifíquese la Ley número 20.405 del Instituto Nacional de Derechos Humanos incorporando a su artículo 2° un nuevo inciso segundo, pasando el actual inciso segundo a ser el tercero, con el siguiente tenor:

"Constituyen naturalmente actos violatorios a los derechos humanos las transgresiones a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, ya sea que las cometan agentes del Estado, particulares al servicio de este o particulares que, asociados o individualmente, actúen para cometer el acto lesivo bajo pretextos políticos, ideológicos, religiosos, económicos o raciales. Son actos violatorios de los derechos humanos todos aquellos que provengan de conductas terroristas o extremistas, especialmente cuando se llevan a cabo con el fin de amedrentar, inhibir, maltratar, o terminar con la vida de una o más personas determinadas o de un sector o grupo de la sociedad".

MODIFICACIONES AL MARCO NORMATIVO PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.
DISCUSIÓN EN PRIMER TRÁMITE DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL DFL N°1, DEL AÑO
2004, DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y RECONSTRUCCIÓN, QUE FIJA EL TEXTO
REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DEL DL N°211, QUE FIJA NORMAS PARA LA
DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.
BOLETÍN N° 9950-03

I. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

I.- Introducción.

En el mes de marzo del año 2015, el Gobierno de la Presidenta Mitchell Bachelet, motivado por el descontento, últimamente profundizado y generalizado de los casos de colusión que han sido visto la luz en los últimos años y que han sido juzgados, no solo por la institucionalidad sino que también -severamente- por la opinión pública, han dado sustento o bien permitido legitimar la mayoría de las medidas en defensa de la libre competencia que propone el Ejecutivo con el presente proyecto de ley, por el cual se modifica el texto refundido de la ley que fija normas para la defensa de la libre competencia (de aquí entiéndase indistintamente la legislación vigente o el DFL N° 1, del año 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido y sistematizado del Decreto Ley N°211), y por medio del cual se busca perfeccionar la institucionalidad de defensa de la libre competencia y dotarla de estándares que permitan conciliar el legítimo intereses de todos los actores que se desempeñan en los mercados, facilitando que entre ellos prime una competencia libre, basada en los méritos y que maximice los beneficios de competidores y consumidores, por medio de la prevención, corrección y sanción adecuada de las conductas anticompetitivas.

Sin embargo, y si bien existe un consenso más o menos generalizado de perfeccionar nuestro marco jurídico en materia de libre competencia, no siempre las medidas que buscan esta legítima defensa y promoción de la libre competencia tienen un impacto real en los diversos agentes y actores de la economía, basta señalar que si hace 5 años se esperaba inhibir o disuadir a los agentes de incurrir en prácticas anticompetitivas con mayores facultades o atribuciones para la Fiscalía Nacional Económica (de aquí en mas FNE) y con el aumento de las multas para sancionar estas conductas, hoy constatamos que dicho propósito no surtió el efecto esperado con las medidas que se adoptaron en el año 2009 por medio de la Ley N° 20.361, lo cual permite asentar la suspicacia - al menos – de la efectividad de dichas medidas que fueron adoptadas para inhibir o desincentivar el comportamiento anticompetitivo de los diversos agentes. Ahora, nuevamente y con similares argumentos, se pretende aumentar las atribuciones de los órganos competentes, las multas y restableciendo la sanción penal para los casos de colusión. Observándose la ausencia de propuestas que se dirijan a mejorar la cultura competitiva de los diversos actores del mercado, limitándose nuevamente a aumentar facultades, detallar procedimientos y aumentar sanciones sin detenerse en los elementos que conllevan a incurrir en las prácticas

anticompetitivas, origen del problema y bajo el entendido que no existen los mercados perfectos.

Con todo, el presente informe, tiene por objeto desarrollar los fundamentos y contenidos del proyecto de ley por el cual se busca modificar nuevamente el marco legal de la defensa de libre competencia en Chile, el cual se encuentra aprobado en Primer Trámite Constitucional, ad portas de la discusión en particular que se desarrollará en el Senado, en su Segundo Trámite, y en el cual se profundizan los principales ejes de esta iniciativa legal, como las reformas en materia de colusión que van destinadas a robustecer las herramientas para combatir la colusión, la incorporación de un nuevo régimen de control de operaciones de concentración o fusiones y el perfeccionamiento de las atribuciones de la institucionalidad y procedimientos vigentes en la ley de la defensa de la libre competencia.

II.- ASPECTOS GENERALES DE LA PROTECCIÓN LEGAL DE LA LIBRE COMPETENCIA.

De manera sucinta, se puede observar el “iter” del desarrollo normativo de la defensa de la libre competencia en nuestro país, que va desde la incorporación del título V, de la Ley N° 13.305 en el año 1959, bajo el Gobierno del Presidente Jorge Alessandri, basada principalmente en la Ley Sherman de los Estados Unidos. La que posteriormente, y bajo las modificaciones estructurales de la economía chilena, fue reemplazada por el Decreto Ley N° 211, del año 1973, el que define la creación de un sistema de defensa de la competencia propiamente tal y su propósito de “*promover y defender la libre competencia en los mercados*”, considerando sanciones tanto administrativas como criminales y un sistema tripartito conformado por las Comisiones Preventivas, a cargo de responder consultas; la Comisión Resolutiva, a cargo de resolver conflictos; y la Fiscalía Nacional Económica, responsable de investigar y fiscalizar el cumplimiento de las resoluciones que estos organismos dictaban, respectivamente.

Posteriormente, en el año 1999, se dicta la Ley N° 19.610, que introduce una serie de modificaciones que buscaban fortalecer las atribuciones, el carácter técnico e independencia de la FNE, definiéndose como un organismo de carácter fiscalizador, incrementando las remuneraciones de sus funcionarios, lo que permitió atraer y mantener profesionales de un nivel técnico a la altura de sus funciones, profesionalizando su servicio.

Por último, durante los últimos 15 años, ha habido dos grandes reformas a nuestro sistema de la libre competencia, a saber:

- a) Ley N° 19.911, del año 2003, que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y derogó la pena de prisión para ilícitos anticompetitivos; y
- b) Ley N° 20.361, del año 2009, que confirió a la Fiscalía Nacional Económica facultades especiales de investigación para perseguir la colusión y creó la delación compensada. Fue precisamente esta última modificación legal la que permite desbaratar un cartel de los productores de pollo, que generó pérdidas a los

consumidores chilenos del orden de US\$ 1.500 millones, sin olvidar que fue la colusión de las farmacias la que permitió que se produjeran estas reformas.

III.- Fundamentos y propuesta del Ejecutivo.

El Ejecutivo expresa en su Mensaje argumentos extremadamente sucintos para fundamentar las modificaciones que propone al marco legal de la protección de la libre competencia, sin embargo es posible visibilizar la convicción de avanzar y modernizar la legislación vigente, al manifestar que “no obstante la positiva evolución experimentada por nuestro sistema de protección de la libre competencia, la aplicación práctica de la ley y la experiencia comparada dan cuenta que Chile requiere efectuar algunos ajustes en su institucionalidad a fin de prevenir y sancionar adecuadamente las prácticas anticompetitivas”, recogiendo a su vez, las propuestas y cambios legales promovidos por: la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia en su Informe de Comisión del año 2012 (principalmente el aumento de las multas y las inhabilidades); el informe de la OCDE, sobre Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile del año 2014; el informe de la OCDE, sobre Estudios de Mercado del año 2015; y las mociones parlamentarias correspondiente a los boletines N° 6.438-03, N°6.439-07, N° 6.442-03, N° 6.454-07, N° 8.088-03 y N° 9.046-03 en cuanto a la tipificación del delito de colusión.

Desde la Moneda se observa que a 5 años de la última modificación legal, se ha generado la necesidad de perfeccionar el sistema para adaptarlo a los más altos estándares internacionales en la materia, que son los establecidos en aquellos países en que el mercado es el principal asignador de recursos, los cuales consideran que la única forma de sostener el crecimiento es fortaleciendo la libre competencia. En tal sentido, se destaca en los fundamentos del proyecto que la libre competencia es esencial para el desarrollo de Chile, “dado que garantiza la existencia de mercados en los cuales impere una competencia basada en los méritos, que permita que las empresas que ofrezcan bienes y servicios de mejor calidad, mayor variedad, innovadores y al menor precio posible”, punto que fue reforzado en el debate por el Ministro de Economía, Fomento y Turismo, Sr. Luis Céspedes, quien advirtió que la defensa de la libre competencia es vital para el desarrollo del país, ya que lleva a las empresas a innovar, a generar nuevos productos y mejoras en sus servicios que les permitan aumentar su participación en el mercado y así beneficiar a los consumidores. En tal sentido sostuvo que cuando hay pocos incentivos para competir, hay también pocos incentivos para innovar, lo que refleja que en el año 2013 la inversión de innovación y desarrollo en Chile representara el 0,38% del PIB, aun cuando el promedio de los países de la OCDE es del 2%, de ahí la importancia de fortalecer la libre competencia.

Por último, la propuesta del presente proyecto de ley, la cual será profundizada en los acápite siguientes, se centra en tres ejes principales o matrices, a saber:

- a) **Robustecimiento de las herramientas para combatir la colusión;**
- b) **Crear un régimen de control de operaciones de concentración o fusiones;**
y
- c) **Mejoras en la institucionalidad y aspectos orgánicos de la defensa de la libre competencia.**

IV.- Contenido del proyecto de ley.

Los principales ejes del proyecto que orientan el contenido del proyecto, se centran principalmente en reformas a la colusión (como establecer nuevas facultades de la FNE, ampliar las sanciones e inhabilidades por colusión, perfeccionar la delación compensada), dotar al marco legal de un sistema de control preventivo de operaciones de concentración y modificaciones a la institucionalidad vigente y sus procedimientos, los que pasaremos a analizar con mayor profundidad a continuación:

1.- Reformas en materia de colusión.

El Mensaje presidencial sostiene que dado el carácter altamente dañino que representa la colusión para la libre competencia, se hace necesario (a pesar de los avances logrados con la dictación de la ley N° 20.361, que introdujo modificaciones dirigidas a combatir de forma más adecuada la colusión) introducir otras modificaciones que permitan disuadir y sancionar a quienes atentan en contra de las bases de la economía de mercado, renunciando a competir. En tal sentido, se propone:

1.1.- Aumentar del monto máximo de las multas (artículo 26, literal c).

Recordemos que la legislación vigente (entiéndase de aquí en más DFL N°1, del año 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción) contempla en su artículo 26, inciso segundo, literal c), que el TDLC en la dictación de su sentencia definitiva puede tomar como medida la aplicación de multas a beneficio fiscal hasta una suma equivalente a 30.000 UTA.

A juicio del Ejecutivo, se ha constatado que tras 5 años de la dictación de la ley N° 20.361, que introdujo modificaciones dirigidas a combatir de forma más adecuada la colusión, resulta insuficiente el tope máximo vigente como herramienta para disuadir la comisión de ilícitos anticompetitivos. Con tal objeto, estos es, establecer multas con fines disuasivos que sean determinantes para los actores del mercado, se adoptan criterios europeos y estadounidenses, proponiendo aumentar el tope máximo de la multa a una suma equivalente a:

- El doble del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción, si es que este puede ser claramente determinado por el tribunal; o en caso contrario (no pueda ser determinado claramente por el tribunal) al 30% del

valor de las ventas del infractor correspondientes al periodo durante el cual la infracción se haya prolongado.

Esta fórmula, contemplada en el proyecto original, cambia por medio de una indicación sustitutiva del Ejecutivo, quien introduce la formula finalmente aprobada en primer trámite, consiste en establecer como tope máximo de la multa **“al doble del beneficio económico reportado por la infracción, o hasta por el 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos y, o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido.”**.

Se establece además, que en el evento de que no sea posible determinar el beneficio económico obtenido por el infractor ni sus ventas, el Tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente **a treinta mil unidades tributarias anuales.**

Por otro lado, **se modifican los criterios para la determinación de las multas**, actualmente la ley vigente considera las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación.

Con la modificación propuesta, se establece para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias:

- el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese;
- la gravedad de la conducta;
- la necesidad de que la sanción sea efectivamente disuasiva;
- la calidad de reincidente;
- la capacidad económica del infractor; y
- para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación.

Como es posible de advertir se incorporan dos nuevas circunstancias para determinar el monto de la multa, esto es, la necesidad de que la sanción sea efectivamente disuasiva y la capacidad económica del infractor.

1.2.- Prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la Administración del Estado. (Artículo 26, literal d nuevo).

Con el propósito de establecer sanciones que tengan un efecto disuasivo en los actores del mercado para coludirse, el gobierno propone la inclusión de una sanción accesoria o adicional consistente en **la prohibición de contratar, a cualquier título, con órganos de la Administración del Estado hasta por el plazo de 5 años contados desde que la sentencia definitiva queda ejecutoriada.** Se plantea de esta forma, que aquellos infractores partes en un

cartel no puedan beneficiarse de la obtención de recursos públicos que nos pertenecen a todos los chilenos. Quedando el texto del proyecto de ley como sigue:

“En el caso de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3º, podrá imponer, además, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, hasta por el plazo de cinco años contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.”

1.3.- Fortalecimiento de la delación compensada.⁵

La clemencia o delación compensada se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico con la dictación de la ley N° 20.361, que incorporó el artículo 39 bis en la ley de defensa de la libre competencia y prescribe que quien sea parte en una colusión podrá acceder a una excensión o reducción de la multa cuando aporte a la FNE antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.

El Ejecutivo, sostiene que la delación compensada resulta una herramienta muy eficaz en el derecho comparado en la lucha contra los carteles, pero que sin embargo, en nuestro país no ha tenido los efectos esperados, en gran medida porque la exención de sanciones comprende solo las multas y no cubre la eventual responsabilidad penal que pudiere haber, razón por la cual proponen que el ejecutor de la conducta que primero aporte antecedentes a la FNE pueda acceder a la exención de la generalidad de las sanciones que resultan aplicables, incluyendo las penales, sosteniendo que al eximir al delator de todas las sanciones aplicables, indirectamente se está enfrentando con la incertidumbre que existe hoy respecto de los casos que están conociendo los tribunales.

En cuanto al resto de los ejecutores de la colusión que comparezcan ante la FNE, se contempla la posibilidad de que **accedan a una reducción de las sanciones** de acuerdo o según lo determine la FNE, con el propósito o fin de dotar de mayor flexibilidad a la Fiscalía en el otorgamiento del beneficio de reducción de multas, eliminando la restricción vigente dado que la reducción no puede superar el 50% de la multa mayor solicitada para los demás ejecutores de la conducta.

Con todo el proyecto original contemplaba la siguiente redacción: “El que ejecute una conducta prevista en la letra a) del artículo 3º podrá ser eximido de la disolución contemplada en la letra b) del artículo 26, obtener una exención o reducción de la multa contemplada en la letra c) del precitado artículo y/o acceder a una exención o reducción de la prohibición contemplada en la letra d) del mismo artículo, en su caso, cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica

⁵ Los primeros antecedentes que se tienen de los programas de inmunidad o clemencia frente a conductas anticompetitivas se encuentran en la legislación norteamericana, quien fue el primer país en implementarlo en el año 1978, permitiendo de esta forma a las empresas coludidas confesar su participación en la colusión.

antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables”

Durante el trascurso del debate parlamentario en primer trámite, el Ejecutivo introduce una Indicación a este artículo por la cual reemplaza la frase “El que ejecute...” por “El que intervenga...” con el propósito de ampliar o extender los beneficios de la delación compensada a más de una persona, incentivando la entrega de antecedentes no solo a quienes den ejecución a conductas anticompetitivas, sino que también y en general a quienes intervengan de esta.

A su vez, por medio de indicación del Ejecutivo, se modifica el requisito contemplado en el numeral 2, del inciso segundo, del artículo 39 bis, para obtener el beneficio de la delación compensada, el cual consiste – actualmente - en la obligación de confidencialidad o de abstenerse de divulgar el beneficio sino hasta que la FNE haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud. Aprobándose esta indicación, la modificación establece la facultad de la FNE de autorizar expresamente su divulgación, quedando como sigue: “2. *Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud, salvo que la Fiscalía autorice expresamente su divulgación, y...*”

1.4.- Eliminación de la exigencia de que el acuerdo o la práctica concertada confieran “poder de mercado” para sancionar ilícitos de colusión y ajustes del tipo infraccional de colusión a las hipótesis de los “carteles duros”. (Artículo 3, literal a)

La legislación vigente, prescribe en el inciso segundo del artículo 3, que se consideran como hechos o actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, o que tienden a producir dichos efectos [...] letra a) Los acuerdos expresos o tácitos entre los competidores, o las practicas concertadas entre ellos, **que les confieran poder de mercado...** El ejecutivo sostiene respecto del artículo precitado que esta exigencia es inédita en el derecho comparado, dado que este ha establecido para el caso de los denominaos carteles duros, que resulta suficiente que el acuerdo entre competidores sea declarado como anticompetitivo, sin necesidad que se realice un análisis completo del mercado, ni su efecto competitivo. Razón por la cual se propuso eliminar esta exigencia, dado que su derogación genera ventajas para el sistema de la libre competencia, ya que por una parte se ahorra en los costos de probar que la colusión tiene la aptitud de atentar contra la libre competencia y por la otra se envía una señal clara a los agentes económicos.

Posteriormente, el Ejecutivo formulo en la discusión particular una indicación para modificar la propuesta original del proyecto, reemplazando el literal a) del artículo 3 por el siguiente:

“a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de

*licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, **confiriéndoles poder de mercado a los competidores**, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.”.*

De esta manera, la nueva letra a) repone el elemento eliminado en el texto original, a fin de no excluir casos distintos a los carteles duros, persistiendo en sancionar las prácticas y acuerdos colusorios, por el solo hecho de concertarse a fijar precios, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, la cual es considerada una conducta manifiestamente anticompetitiva.

1.5.- Criminalización de la colusión.

Actualmente nuestra legislación en materia de defensa de la libre competencia no establece sanción de carácter penal alguna respecto de quienes atentaren contra ella. Recordemos que nuestro sistema jurídico contemplo por primera vez una tipificación especial en el título V, de la Ley N°13.305, del año 1959, que establecía “normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial”, y en el cual el artículo 173 castigaba, con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa, “todo acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país, sea mediante convenios de fijación de precios o reparto de cuotas de producción, transporte o de distribución de zonas de mercado; sea mediante acuerdos, negociaciones o asociaciones para obtener reducciones o paralizaciones de producción; sea mediante la distribución exclusiva, hecha a una sola persona o sociedad, de varios productores del mismo artículo específico, o por medio de cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar la libre competencia.” Esta configuración resulto una gran novedad en nuestro sistema jurídico, por cuanto los convenios de precios no eran delito en conformidad con los artículos 285 y 473 del Código Penal, si no había de por medio una maquinación dolosa (fraude) que hiciera recaer en otro engaño o error, y singular dado que hasta esa fecha no existía una regulación de esta materia y el consentimiento de los afectados no jugaba un rol en su configuración, considerándose como ilegítimo el derecho a la libre contratación, cuando se utiliza para impedir la libre competencia.⁶

Esta sanción, fue derogada posteriormente en el año 2003 por la Ley N° 19.911, en cuyo fundamento se sostuvo la nula aplicabilidad práctica de esta sanción, la falta de especificación de las conductas anticompetitivas a la luz de las garantías del artículo 19 N° 3 art. de la Constitución y el nulo efecto disuasivo de conductas anticompetitivas – esperado- a través de su criminalización⁷

El Ejecutivo, a través de su mensaje, sostiene que a más de 10 años desde la derogación, antes mencionada, es posible constatar la necesidad y legitimidad de volver a criminalizar conductas anticompetitivas, esta vez, únicamente limitado a la colusión y particularmente para aquellos casos denominados como “carteles duros”. Para ello, sostienen que este tipo de conductas son manifiestamente

⁶ MATUS, Jean Pierre. “Acerca de la actual falta de punibilidad en Chile de los acuerdos de precios.” Política Criminal Vol.7, N°14 (diciembre 2012), art.3, pp. 318-356.

⁷ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 19.911, en Mensaje Presidencial,

anticompetitivas y son los únicos comportamientos, que en derecho de la competencia, “en los que es posible generar una convicción más allá de toda duda razonable en cuanto a que se cometió el hecho punible objeto de la acusación y en el que correspondió al acusado una participación culpable y penada por ley”. Con ello además buscan contrarrestar y deslegitimar los fundamentos que se tuvieron para derogar la norma anterior, específicamente, al dar cumplimiento a los estándares contemplados en el artículo 19 N°3, de la Constitución y la magnitud del daño que estas conductas causan efectivamente a los consumidores, ya que no solo generan efectos patrimoniales adversos de inmensa magnitud para las víctimas, sino que defraudarían la confianza que las personas tienen de la economía de libre mercado. Elementos que, junto con los antecedentes de propuestas legislativas anteriores y del derecho comparado, justificarían su imposición, más si existen conductas que tienen una significación económica y disvalor social menores que los carteles duros y aun así resultan tipificadas y sancionadas como delitos penales.

Para tal efecto, el proyecto propone introducir los artículos 286 bis a 286 quater nuevos en el Código Penal.

En el artículo 286 bis, se tipificaría el delito de colusión, abarcando exclusivamente la figura de los carteles duros, en los siguientes términos:

“Art. 286 bis.- Será castigado con la pena de **reclusión mayor en su grado mínimo (5 años y un día a 10 años)** quien celebre, implemente, ejecute u organice acuerdos, convenciones, contratos o convenios que involucren a dos o más competidores entre sí, persiguiendo cualquiera de los propósitos siguientes:

1°. Fijar el precio al que sean ofrecidos o demandados bienes o servicios en uno o más mercados.

2°. Limitar la producción o provisión de bienes o servicios.

3°. Dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de un mercado de bienes o servicios.

4°. Afectar el resultado de licitaciones públicas o privadas convocadas por órganos de la administración del Estado, por empresas públicas creadas por ley, por empresas en las que el Estado tenga participación o en las que el Estado haya aportado subvenciones o fondos públicos destinados a la adquisición del objeto de la licitación.

La pena establecida en el inciso anterior llevará **siempre consigo la pena de inhabilitación absoluta para desempeñar cargos u oficios públicos, cargos de director o gerente en empresas del Estado**, cargos de director o gerente en sociedades anónimas abiertas, así como cualquier cargo directivo en asociaciones o colegios profesionales, por un plazo de cinco años contados desde que la sentencia definitiva quedare ejecutoriada.”

El objeto que busca el Gobierno, es generar una disuasión efectiva, impidiendo que los responsables de estas conductas puedan acceder a salidas alternativas en el procedimiento o a penas sustitutivas a la privación de libertad.

Durante la discusión del presente artículo se cambió el concepto de “reclusión” por “presidio” ampliando la sanción, a propuesta del Diputado Sr. Chahin, al considerar que los condenados por colusión queden sujetos a los trabajos prescritos por los reglamentos carcelarios, haciendo presente “que la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento está votando el proyecto denominado "agenda corta contra la delincuencia", en el cual se sancionan justamente con presidio los delitos contra la propiedad privada; y, siendo la colusión un delito económico que afecta en su patrimonio a muchas más personas, eximir a los culpables de cumplir trabajos intra-penitenciarios le parece un privilegio incomprensible”. Recomendación que finalmente fue aprobada en primer trámite.

A su vez, durante la discusión particular se incorporan **un inciso segundo nuevo**, por el cual se establece una figura agravada de colusión cuando se trate de bienes y servicios de primera necesidad, y **un inciso final nuevo**, por el cual se establece el cumplimiento efectivo de la pena, quedando el artículo como sigue:

“Art. 286 bis. Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo quien celebre, implemente, ejecute u organice acuerdos, convenciones, contratos o convenios que involucren a dos o más competidores entre sí, persiguiendo cualquiera de los propósitos siguientes:

1°. Fijar el precio al que sean ofrecidos o demandados bienes o servicios en uno o más mercados.

2°. Limitar la producción o provisión de bienes o servicios.

3°. Dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de un mercado de bienes o servicios.

4°. Afectar el resultado de licitaciones públicas o privadas convocadas por órganos de la administración del Estado, por empresas públicas creadas por ley, por empresas en las que el Estado tenga participación o en las que el Estado haya aportado subvenciones o fondos públicos destinados a la adquisición del objeto de la licitación.

Cuando las conductas señaladas en el inciso anterior recayeren sobre bienes y servicios de primera necesidad, se aplicará el máximo de la pena señalada.

La pena establecida en el inciso primero llevará siempre consigo la de inhabilitación absoluta para desempeñar cargos u oficios públicos, cargos de director o gerente en empresas del Estado, cargos de director o gerente en sociedades anónimas abiertas, así como cualquier cargo directivo en asociaciones gremiales, empresariales o de consumidores, partidos políticos o colegios

profesionales, por un plazo de cinco años contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

Respecto del delito previsto en este artículo será aplicable lo dispuesto en la ley N°18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere sentenciado.”

En cuanto al nuevo **artículo 286 ter del Código Penal**, se establece la exención de responsabilidad penal para quien utilice la figura de la delación compensada y acceda a los beneficios contemplados en el artículo 39 bis de la ley de la defensa de la libre competencia, configurándose un poderoso incentivo para aquellos que viéndose involucrados en casos de colusión comparezcan a la FNE y aporten antecedentes que permitan acreditar la colusión. Así, el texto aprobado el primer trámite es el que sigue:

“**Art. 286 ter.** Estará exento de responsabilidad criminal por los delitos establecidos en los artículos 285 y 286 bis, el que primero hubiere aportado antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica y accedido así a los beneficios establecidos en el inciso tercero del artículo 39 bis del decreto ley N°211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.”

Por último, el **artículo 286 quater** propuesto, regula el ejercicio de la acción penal, estableciendo la facultad exclusiva de iniciar la investigación por medio de querrela de la FNE, para investigar los hechos constitutivos del delito de colusión analizado en los artículos anteriores. Es decir, a la FNE le corresponde exclusivamente el ejercicio de la acción penal tratándose del delito de colusión, la cual podrá poner en movimiento por medio de querrela penal, según el texto aprobado que establece:

“**Art. 286 quáter.** Las investigaciones de hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis sólo podrán ser iniciadas por querrela de la Fiscalía Nacional Económica. Una vez iniciada la investigación, las víctimas podrán ejercer sus derechos como querellante, de conformidad al Código Procesal Penal.”

2.- Control preventivo y obligatorio de fusiones u operaciones de concentración.

El segundo eje del presente proyecto está destinado a dotar a nuestro ordenamiento jurídico de un sistema de control preventivo y obligatorio de fusiones u operaciones de concentración, para los efectos de determinar la licitud de estas operaciones, analizando los riesgos anticompetitivos que la operación pudiere generar, y que puedan afectar a los consumidores y competidores, en especial aquellos de menor tamaño. Por cuanto lo que se propone es incorporar un sistema de control de fusiones que otorgue garantías a todos los actores involucrados,

resolviendo en forma transparente y predecible los casos y trasmite seguridad jurídica a quienes lleven importantes proyectos de negocios.

2.1.-Inclusión de un régimen específico de control de operaciones de concentración en la Ley de Defensa de la Libre Competencia.

Según se comentó, y ante la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de un régimen específico para controlar las operaciones de fusión o concentración, se propone establecer un control que dé cuenta de los estándares de protección de la libre competencia y el desenvolvimiento eficiente de los negocios.

2.2.- Definición de las operaciones sujetas al control de operaciones de concentración e incorporación de un sistema de notificación de dichas operaciones.

En primer término, se define que operaciones estarán sujetas a los controles preventivos y por lo tanto obligados a notificar dicha operación a la FNE. Así se entiende por operación de concentración, según el artículo 47 - del texto aprobado en primer trámite - “todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos previamente independientes entre sí dejen de serlo, en cualquier ámbito de sus actividades”.

A su vez “Deberán notificarse a la Fiscalía Nacional Económica en forma previa a su perfeccionamiento **las operaciones de concentración que, cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 48, involucren a dos o más agentes económicos que, no formando parte de un mismo grupo empresarial:**

- a) Se fusionen, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la misma;
- b) Uno o más de ellos adquiera, directa o indirectamente, derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro;
- c) Se asocien bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellas, que desempeñe sus funciones de forma permanente; o
- d) Uno o más de ellos adquiera el control sobre los activos de otro, a cualquier título.

Por otro lado, en el inciso final del presente artículo se define (para los efectos de lo dispuesto en este Título) que se debe entender **por agente económico, como**

“.. toda entidad, o parte de ella, cualquiera que sea su forma de organización jurídica o aun cuando carezca de ella, que demande u ofrezca productos o servicios. Se considerará asimismo como un agente económico al conjunto de activos tangibles o intangibles, o ambos, que permitan ofrecer o demandar bienes o servicios.”

Operaciones que deben notificarse a la FNE.

Se establece en el artículo 48, la obligación de notificar a la FNE las operaciones que cumplan con los siguientes requisitos copulativos:

- a) Que la suma de las ventas en Chile de los agentes económicos que proyectan concentrarse haya alcanzado, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifica la notificación, montos iguales o superiores al umbral establecido mediante reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.
- b) Que en Chile, por separado, al menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse hayan generado ventas, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifica la notificación, por montos iguales o superiores al umbral establecido mediante reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Acto seguido, se dispone como se deben calcular las ventas para los efectos de lo anteriormente dispuesto, estableciendo que :

- i. Tratándose de las hipótesis contempladas en las letras a) y c) del artículo 47, se sumarán las ventas en Chile de los agentes económicos que se fusionan o que se asocian, y las de sus respectivos grupos empresariales.
- ii. Tratándose de la hipótesis contemplada en la letra b) del artículo 47, se sumarán las ventas en Chile del agente económico que adquiere la influencia decisiva, las de todo su grupo empresarial y las del o los agentes económicos adquiridos.
- iii. Tratándose de la hipótesis contemplada en la letra d) del artículo 47, se sumarán las ventas e Chile del o los agentes económicos adquirentes, las de sus respectivos grupos empresariales, y aquellas generadas con los activos adquiridos.

Para efectos de lo establecido en este artículo, se deducirán de las ventas los impuestos, las ventas que hayan tenido lugar entre agentes de un mismo grupo empresarial, aquellas que no provengan de la explotación del giro habitual del o los agentes económicos considerados, y las demás que señale el reglamento, en la forma que en él se determinen.

A su vez se obliga a practicar la notificación a la FNE a los agentes económicos que hayan tomado parte en la operación de concentración.

Que se debe notificar

Se establece en el proyecto que en la notificación deberán acompañarse:

- los antecedentes necesarios para identificar la operación de que se trata y a los agentes económicos que toman parte en la misma y su grupo empresarial;
- los antecedentes que permitan evaluar preliminarmente los eventuales riesgos que la operación notificada pudiere significar para la libre competencia;
- la declaración de las partes en la que indiquen que, de buena fe, pretenden llevar a cabo la operación que se notifica, y
- los demás antecedentes que detalle el reglamento.

A su vez, quienes notifiquen la operación deberán poner en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica los hechos, actos o convenciones que modifiquen en cualquier forma los antecedentes, estimaciones, proyecciones o conclusiones que hubieren proporcionado, tan pronto como tales hechos, actos o convenciones lleguen a su conocimiento. En caso que la modificación que los notificantes pongan en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica resulte significativa, el Fiscal Nacional Económico dictará una resolución declarando lo anterior, a partir de la cual los plazos del procedimiento comenzarán a contabilizarse como si se tratara de una nueva notificación.

2.3.- Procedimiento para el análisis de las operaciones de concentración (artículo 50).

Para los efectos de dar curso a la revisión de las operaciones de concentración se establece un procedimiento de carácter eficiente, transparente, previsible y colaborativo, el cual consta de dos fases:

2.3.1.- Análisis de mérito, una vez recibida la notificación. El Fiscal Nacional Económico contará con 10 días para determinar si se trata de una notificación completa, entendiéndose por tal aquella que cumpla con todos los requisitos que para practicarla establezcan esta ley y su reglamento.

a) Tratándose de una notificación completa, el Fiscal Nacional Económico ordenará el inicio de la investigación y comunicará la resolución al notificante. Si el Fiscal no hubiere efectuado dicha comunicación dentro del plazo establecido en el inciso anterior, la investigación se entenderá iniciada, de pleno derecho, el día del vencimiento del plazo.

b) Tratándose de una notificación incompleta, el Fiscal Nacional Económico comunicará dicha circunstancia al notificante dentro del plazo establecido en el

inciso segundo. La comunicación identificará los errores u omisiones de la notificación. El notificante contará con diez días para subsanar los errores u omisiones identificados por el Fiscal en su comunicación. Si el notificante no subsanare los errores u omisiones dentro del plazo establecido, o si solo lo hiciere parcialmente, la notificación se tendrá por no presentada. Si los errores y omisiones fueren subsanados en tiempo y forma, se procederá de acuerdo a lo establecido en el inciso tercero de este artículo.

Termino de la etapa de revisión.

Dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que se haya dictado la resolución de inicio del procedimiento, el Fiscal Nacional Económico deberá:

- a) Aprobar la operación notificada en forma pura y simple, si es que llegare a la convicción que la operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia;
- b) Aprobar la operación notificada, a condición de que se dé cumplimiento a las medidas ofrecidas por el notificante, si es que llegare a la convicción de que, sujetándose la operación a tales medidas, no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia, o

2.3.2.- Investigación de la operación Art. 54.

Esta tendrá lugar, cuando la FNE decide la investigación hasta por un máximo de noventa días adicionales, mediante resolución fundada, **cuando estime que la operación notificada, de perfeccionarse en forma pura y simple o sujeta a las medidas ofrecidas por el notificante, en su caso, puede reducir sustancialmente la competencia.**

Valor del silencio positivo administrativo. Cumplido el plazo establecido sin que el Fiscal Nacional Económico hubiere tomado alguna de las tres decisiones señaladas, se entenderá que ha aprobado la operación de que se trata. **La autorización se considerará en los términos ofrecidos por el notificante, incluyendo las medidas que éste hubiere propuesto.**

Recurso de revisión especial. En contra de la resolución del FNE, que prohíba una operación, el notificante podrá promover ante el TDLC, dentro del plazo de 10 días, contados desde la notificación de la resolución, un recurso de revisión especial, fundado. En contra de la sentencia del TDLC, no procederá recurso alguno.

2.4.- Adopción de un estándar sustantivo en virtud del cual las operaciones de concentración de concentración serán analizadas.

Se propone un estándar sustantivo para resolver acerca de la operación, consistente en “**la reducción sustancial de la competencia**”, con la cual deberán operar tanto la FNE, como el TDLC.

2.5.- Herramientas y sanciones adecuadas para garantizar la eficacia del régimen de control de operaciones de concentración (art. 3 bis).

El proyecto propone incorporar herramientas que permitan controlar las operaciones de concentración para garantizar la eficacia del régimen que se propone. Para ello contemplan la posibilidad de aplicarse las medidas del artículo 26 de la Ley de la defensa de la libre competencia, a quienes:

- a) Infrinjan el deber de notificación que establece el artículo 48.
- b) Contravengan el deber de no perfeccionar una operación de concentración notificada a la Fiscalía Nacional Económica y que se encuentre suspendida de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.
- c) Incumplan las medidas con que se haya aprobado una operación de concentración, al tenor de lo dispuesto en los artículos 54, 57 o 31 bis, según sea el caso.
- d) Perfeccionen una operación de concentración en contra de lo dispuesto en la resolución o sentencia que haya prohibido dicha operación, de conformidad a lo establecido en los artículos 57 o 31 bis, según corresponda.
- e) Notifiquen una operación de concentración, de conformidad al Título IV, entregando información falsa.”.

3.- Herramientas para evaluar la competencia en los mercados y solucionar fallas de mercado o fallas regulatorias.

El Ejecutivo evidencia la necesidad de que la FNE cuente con mayores atribuciones que le permitan cumplir de forma más acertada con sus funciones, para lo cual propone las siguientes modificaciones.

3.1.- Facultad de la FNE para realizar estudios sobre evolución competitiva de los mercados.

Dado que en la actualidad la FNE no puede llevar a cabo estudios que permitan conocer cómo han evolucionado la competitividad de los mercados, le resulta complejo adoptar medidas para solucionar contingencias que afecten a los mercados, típicamente fallas de mercado, fallas regulatorias, en las que las causas no se deben necesariamente a una conducta anticompetitiva que sea necesario sancionar. Por estas razones, se pretende dotar a la FNE de esta facultad, contribuyendo a mejorar políticas públicas que introduzcan mayor competencia en los mercados.

3.2.- Traspaso de facultades de efectuar recomendaciones de modificación normativa desde el TDLC a la FNE.

Se propone trasladar facultades que hoy se encuentran radicadas en el TDLC a la FNE, particularmente la facultad de proponer al Pdte. De la República la

modificación, derogación, de preceptos legales o reglamentarios cuando sea necesario para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presenten en condiciones no competitivas.

4.- Aplicación de acciones y procedimiento especial para la protección de intereses colectivos o difusos de los consumidores, para reclamar indemnizaciones de perjuicios con motivo de infracciones a la libre competencia.

El Ejecutivo propone, para garantizar adecuadamente la posibilidad de que casos de infracciones a la libre competencia y en que se vean los consumidores afectados puedan ser efectivamente indemnizados de los perjuicios que les pudieran causar estos hechos, se establezca la posibilidad de aplicar las acciones y procedimiento para la protección de intereses colectivos o difusos de los consumidores, regulados en la ley N°19.496, pudiendo interponerse demandas civiles respectivas ante los tribunales competentes.

Configurándose tal derecho, en el inciso segundo, nuevo del artículo 51 de la N°19.496, como sigue:

“No obstante lo dispuesto en el artículo 30 del decreto ley N°211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, y sin perjuicio de las acciones individuales que procedan, la acción de indemnización de perjuicios que se ejerza ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con ocasión de infracciones a dicho cuerpo normativo declaradas por una sentencia definitiva ejecutoriada, **podrá tramitarse por el procedimiento establecido en este párrafo, cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores.** No será necesario que los legitimados activos señalados en el numeral 1 del inciso siguiente se hayan hecho parte en el procedimiento que dio lugar a la sentencia condenatoria.”.

5.- Sanciones para quienes entorpezcan las investigaciones de la FNE.

Actualmente no existe en la legislación vigente sanciones que permitan castigar o sancionar a quienes entorpezcan las investigaciones de la FNE, eso sí, se contempla la posibilidad en el art. 42 de solicitar apremio de arresto. El Ejecutivo sostiene que esta falta de sanciones ha llevado a que los investigados actúen con frecuencia de forma estratégica, dificultando la labor de la FNE y convirtiendo en ineficientes los procedimientos de investigación. Para pesquisar estas prácticas, se propone:

a) Quienes oculten información que les haya sido solicitada o proporcionen culpablemente información falsa en el contexto de una investigación seguida de conformidad a esta ley incurrirán **en la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio.** Para la aplicación de dichas penas, el Fiscal Nacional Económico remitirá los antecedentes respectivos al Ministerio Público. Esta

comunicación tendrá el carácter de denuncia para los efectos del artículo 53 del Código Procesal Penal.

b) Quienes estén obligados a dar respuesta a las solicitudes de información efectuadas por el Fiscal Nacional Económico e injustificadamente no respondan o respondan sólo parcialmente, **serán sancionados con una multa a beneficio fiscal de una unidad tributaria mensual a una unidad tributaria anual**, además de una multa de cero coma dos unidades tributarias mensuales por cada día de atraso, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 39 ter, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 42;”.

c) Quienes injustificadamente no comparezcan a declarar habiendo sido previamente citados en conformidad a esta letra serán **sancionados con una multa a beneficio fiscal de una unidad tributaria mensual a una unidad tributaria anual**, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 39 ter, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 42

6.- Ministros del Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia.

Se pretende efectuar diversas modificaciones al TDLC, principalmente en la dedicación que los jueces titulares actualmente tienen, ya que en la legislación vigente no están sujetos a un régimen de dedicación exclusiva, lo cual requiere modificarse frente a las exigencias de trabajo y ajustarse a los estándares de independencia de la mayoría de los jueces de la Republica. En consecuencia, no podrán prestar servicios de ningún tipo a personas naturales o jurídicas, o ejercer en cualquier forma aquellas actividades propias del título o calidad profesional que poseen.

A su vez se dispone que tratándose de los ministros suplentes, no tendrán dedicación exclusiva. Sin embargo, se establece que el desempeño de su cargo es incompatible con la condición de asesor o prestador de servicios profesionales en materias que digan relación a la libre competencia a personas naturales o jurídicas sometidas a la jurisdicción del Tribunal. En tal caso, se considerará que asesora o presta servicios profesionales si percibe cualquier clase de remuneración, honorario o regalía de parte de personas naturales o jurídicas que asesoran o prestan servicios profesionales en dichas materias.

7.- Otras modificaciones.

7.1.- Potestad consultiva del TDLC.

Actualmente el TDLC posee la facultad consultiva en el numeral 2, del artículo 18, de la ley de defensa de la libre competencia, a la cual el Ejecutivo pretende modificar a fin de exceptuar del ámbito de competencia de esta potestad a las operaciones de concentración, en razón del régimen propuesto de control preventivo y obligatorio en el proyecto de ley. Siendo aprobada la propuesta original del Ejecutivo, quedando como sigue:

“Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos;”

7.2.- Prescripción de multas e imprescriptibilidad de medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar un atentado a la libre competencia.

El orden vigente prescribe que las multas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar un atentado a la libre competencia, prescriben en 2 años constados desde que se encuentra firme la sentencia definitiva que las impone. Con el propósito de preservar dichas medidas, se propone que únicamente las multas que se impongan con motivo de infracciones a la ley de defensa a la libre competencia prescriban en 2 años, **no así las medias que se determinen para prevenir, corregir o sancionar un atentado a la libre competencia, las que en principio serian imprescriptibles.**

7.3.- Procedencia del recurso de reclamación.

Se establece un Recurso de Reclamación Especial, a quien resulte agraviado con motivo de las facultades del TDLC para emitir informes, con el propósito de que la Corte suprema pueda revisar la ilegalidad o no de los resuelto por el TDLC, en los términos del numeral 5, del artículo 31 de la ley de defensa de la libre competencia.

7.4.- Aumento de los derechos para los investigados por la FNE.

Se propone a fin de elevar las condiciones de un debido proceso en el contexto de los procedimientos de investigación ante la FNE, con excepción de aquellas investigaciones que tengan el carácter reservado, se contempla que los afectados tendrán derecho a acceder a la investigación que se siga en su contra y a ser oído ante la FNE (artículo 53).

7.5.- Regulación del procedimiento de reclamo.

El Ejecutivo contempla modificar el procedimiento de reclamo, con el propósito de evitar su utilización por algunas empresas requeridas para dilatar el proceso que se sigue ante el TDLC. Arguyen que esto se debe a una desregulación procesal, toda vez que no existe un plazo por el cual recluye el reclamo, razón por la cual se propone dar certeza procesal tanto a los investigadores, investigados, permitiendo que el reclamo sea ejercido correctamente. Con ello se propone, que el reclamo deberá ser interpuesto dentro del plazo de diez días corridos desde que aparezca o se acredite que quien deba reclamar tuvo o debió tener conocimiento del vicio o defecto que funda el reclamo. Los afectados deberán reclamar en un único acto de todos los incumplimientos relativos a una misma diligencia investigativa o actuación.

7.6.- Eficacia de los acuerdos extrajudiciales respecto de terceros.

La Ley N° 20.361 otorga a la FNE la facultad de suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, con el propósito de cautelar la libre competencia en los mercados. Esta herramienta ha resultado muy adecuada para arribar a soluciones alternativas a la de judicializar los casos conocidos por la FNE, permitiendo prevenir y corregir los efectos anticompetitivos de la conducta. Sin embargo, el ejecutivo observa que esta herramienta tiene una limitada eficacia, ya que solo se extiende a las partes que comparezcan al acuerdo, desincentivando estos acuerdos ante la inminencia de ser demandados por terceros ante el TDLC. Por ello, se propone aclarar este punto, extendiendo – una vez aprobado el acuerdo por el TDLC – sus efectos respecto de terceros.

V.- Conclusiones y propuestas

Luego de la tramitación del presente proyecto en primer trámite, es posible observar que si bien existe un consenso generalizado de la importancia de proteger la competencia y eficiencia de los mercados para el desarrollo de Chile y se comparte transversalmente el objetivo de sancionar con mayor dureza las infracciones a la libre competencia, para evitar abusos, desconfianzas y promover la competencia leal basada en méritos. Sin embargo, no existe un consenso generalizado sobre el tipo de sanciones que se quieren incorporar, principalmente la controversia está centrada en reincorporar un tipo penal para sancionar la colusión, el monto de las multas y diversas atribuciones a la autoridad fiscalizadora, los que se pasaran a analizar continuación.

1.- Criminalización de la colusión.

La principal crítica sobre este punto subyace en el hecho que durante la vigencia de la sanción penal en Chile, y que fue derogado el año 2004, fue utilizado escasamente y sin efecto disuasivo alguno. Además resulta relevante analizar la evolución que ha tenido la regulación de la libre competencia en nuestro país desde entonces y hasta ahora. Dado que desde que se ha derogado la sanción penal se ha avanzado en diversos mecanismos y herramientas para desincentivar las conductas antimonopólicas, como la delación compensada, la cual puede verse debilitada frente a la posibilidad de castigar con presidio de hasta 10 años las conductas colusivas de aquellos que participaron con el delator (si delato hoy a mis coparticipes, los castigo económicamente y si delato a mis coparticipes con la nueva legislación, los envié a la cárcel, inhibiendo al sujeto delator)

Además, se sostiene que en materia de sanciones no hay una receta única, las que van desde establecer las sanciones penales, elevar las multas y generar herramientas que permitan la mayor detección posible de estas conductas, así tenemos que si bien EE.UU. contempla sanciones penales, la UE no lo hace y en el caso de Inglaterra, que si contempla sanciones penales, pero con escasa

aplicación práctica. Ninguna sola o en su conjunto, aseguran mercados perfectamente competitivos.

A su vez, existe una serie de complejidades de carácter técnico en su aplicación, pues se tratan de materias de una complejidad técnica económica tal que necesariamente están radicadas en órganos especializados. Complejidad, que se suma si se permite llevar procesos paralelos en tribunales, con estándares probatorios disímiles y que puede conllevar a fallos contradictorios por los mismos hechos. A ello debe sumarse la presión mediática que acarrearán las colusiones y que pueden permear los estándares estrictamente técnicos.

Por último, y desde la óptica penal, se ha criticado la amplitud del tipo penal de “mera actividad”, cuando debiese incorporarse uno de “resultado” (dañar o afectar la libre competencia), pudiendo abarcar o desechar conductas “ad-hoc” equivocadamente en uno y otro caso.

2.- Aumento de las multas.

Si bien la propuesta de aumento en las multas para sancionar la colusión es un aspecto positivo dentro del proyecto, siendo adecuado vincular el valor de la multa al beneficio obtenido, aunque hay que precisar que:

- No siempre hay beneficio económico detrás de un ilícito monopólico,
- El cálculo es altamente complejo.
- Se prevé que el porcentaje de ventas será el que determine siempre la sanción.
- No se incorporan metodologías de cálculos.
- No se incorporan dentro de las circunstancias para la determinación de las multas la circunstancia de contar y desarrollar un programa de cumplimiento.

Cabe alertar que no hay proporcionalidad de la multa con el derecho comparado, cuando se establece el **30% sobre las de las ventas del infractor correspondientes al periodo durante el cual la infracción se haya prolongado**. Así por ejemplo en la U.S. Sentencing Guidelines de Estados Unidos se establecen una multa base, (daño causado), del 20% del total del volumen de comercio de la venta de la empresa cuestionada en dicho país. En Canadá, la “Competition Act” establece una multa con tope de \$25,000,000 de dólares canadienses en caso de colusión. El caso europeo no es muy distinto, la multa podría llegar al 30% de las ventas afectadas por la conducta, con un límite máximo, las multas no pueden exceder el 10 % del volumen global de negocios de la empresa infractora durante el ejercicio social anterior.⁸

⁸ Los diputados señores Bellolio, Edwards y Lavín formularon una indicación para reemplazar la frase “al 30% de las ventas del infractor correspondientes al período durante el cual la infracción se haya prolongado”

Otro aspecto a pesquisar, es establecer expresamente que no se permitirá extender las multas a las ventas efectuadas en otros países por grupos chilenos, o bien, por matrices extranjeras.

Debiera evaluarse otras alternativas, pues las multas afectan a distintas empresas con márgenes diferentes, en relación con su patrimonio. En tal sentido, las críticas de las pequeñas y medianas empresas en el debate se dirigieron a este punto, la simple contingencia de la multa significaría la quiebra de la Pyme.

Por su lado, establecer la sanción accesoria de prohibir la contratación con el Estado, que en principio aparece como sensata y de justicia, en la práctica puede afectar la competitividad en la contratación pública, principalmente en mercados altamente concentrados, como el transporte aéreo, medicamentos, profesionales, etc. Observándose la necesidad de incorporar un criterio que permita flexibilizar la sanción cuando nos encontremos frente a este tipo de casos que pueden ahondar mucho más la competitividad que potenciarla.

3.- Institucionalidad y nuevas funciones.

En cuanto a las funciones de control preventivo y la obligación de notificar concentraciones que superen los umbrales establecidos por reglamento, cabe señalar que si bien un control de fusiones preventivo y obligatorio, teóricamente, es un avance en la medida que otorgue a las partes certeza respecto de cuándo consultar una operación de concentración. Sin embargo, resulta clave la definición de los umbrales, los que generaran la obligación de notificar o no, en tal sentido los umbrales no deben ser restrictivos ya que la mayoría de las operaciones no constituyen una amenaza a la competencia, como se deja entrever en el texto del proyecto.

En cuanto a la facultad de solicitar información y pedir declaraciones para realizar estudio sobre la evolución competitiva de los mercados, se debe evitar actuaciones que sean derechamente intrusivas por parte del ente fiscalizador y persecutor, debiendo la FNE justificar razonadamente la petición de antecedentes, dado que no existe una investigación que justifique un actuar inquisitivo.

En cuanto al Recurso especial de Revisión. El Proyecto permite recurrir por la vía de una revisión especial en contra de la resolución del Fiscal Nacional que rechaza una operación de concentración. Así mismo se debe considerar este recurso para el caso que el Fiscal apruebe la operación con medidas de mitigación, en el evento que el requirente estime que dichas medidas son demasiado gravosas.

por "al 30% de las ventas realizadas por el infractor el año anterior relacionadas con la línea de negocios objeto de la infracción, con un tope del 10% de la facturación total de éste durante dicho periodo. En todo caso, a los agentes económicos que no generan ingresos a través de la venta de bienes y servicios, se les podrá aplicar multas de hasta veinte mil unidades tributarias anuales.

