

GARRIGUES

Situación de los regímenes de libre competencia en Chile, Colombia, Ecuador y Perú

Abril 2024



GARRIGUES

Esta primera edición de la publicación “*Diseño institucional de los regímenes de libre competencia: Chile, Colombia, Ecuador y Perú*” no habría sido posible sin la iniciativa del equipo del CentroCompetencia de la Universidad Adolfo Ibáñez de Chile (CeCo), en particular su Director, Felipe Irrázabal, así como Juan Pablo Iglesias, Sebastián Cañas e Ignacio Peralta, a quienes agradecemos sinceramente. Del mismo modo, Garrigues extiende su agradecimiento al Competition Law Center de The George Washington University, en particular a su Director, William E. Kovacic, por brindarnos la oportunidad de realizar el lanzamiento de esta primera edición en su evento *Competition in developing countries – Latinamerica*, a llevarse a cabo el 12 de abril de 2024 en el local de George Washington University Law School, en la ciudad de Washington DC, Estados Unidos de América.

Asimismo, queremos agradecer a todo el equipo del Departamento de Competencia de Garrigues a nivel global, empezando por Susana Cabrera y Oriol Armengol de la oficina de Madrid en España, y en especial a Mario Ybar de nuestra oficina de Chile por haber liderado y coordinado con CeCo esta importante publicación, convocando y trabajando arduamente con nuestras oficinas de Colombia – en especial José Miguel de la Calle, David Toro y Julieth Sanclemente –, y Perú – en especial Ivo Gagliuffi, Javier Coronado, David Fernández y Ricardo Áyvar. En cuanto al capítulo correspondiente a Ecuador en la publicación, agradecemos la excelente colaboración de Mario Navarrete de la firma Pérez Bustamante & Ponce.

Madrid, abril 2024

Índice

Agradecimientos	1
Prólogo	7
Chile	10
1. Antecedentes generales	10
1.1 Marco normativo	10
1.2 Diseño institucional	12
1.3 Evolución del sistema	13
1.4 Tipificación de actos contrarios a la libre competencia y ámbito de acción	14
1.5 Sujetos pasivos de las acciones de libre competencia	15
1.6 Extraterritorialidad	16
2. Régimen general de sanciones	17
3. Proyectos en tramitación	18
4. Estructura orgánica de la institucionalidad	18
4.1 Fiscalía Nacional Económica (DL 211, arts. 33 a 45)	18
4.2 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (DL 211, arts. 5 a 32)	21
5. Acuerdos horizontales	22
6. Abuso de posición dominante y otras infracciones anticompetitivas	27
6.1 Abuso de posición dominante	27
6.2 Restricciones verticales	30
6.3 Competencia desleal	31
6.4 <i>Interlocking</i>	33
6.5 Actos de autoridad	34
7. Operaciones de concentración	34
7.1 Normativa aplicable y <i>soft law</i>	34
7.2 Autoridades	35
7.3 Operaciones de concentración notificables	36
7.4 Umbrales de notificación obligatoria	37
7.5 Notificación voluntaria e investigación de oficio	37
7.6 Pre-notificación	37
7.7 Procedimiento y tiempos	38
7.8 Recursos	39
7.9 Incumplimiento obligación de notificar o “ <i>Gun Jumping</i> ”, y otras conductas	39
7.10 <i>Test</i> sustantivo en cada tipo de operación	40
7.11 Medidas de mitigación	40
7.12 Participaciones minoritarias	41
8. Procedimiento ante la FNE	41
8.1 Normativa aplicable	41
8.2 Inicio	42
8.3 Admisibilidad	42
8.4 Plazos	42
8.5 Discrecionalidad	42
8.6 Resultados de las investigaciones de la FNE	42
9. Procedimiento jurisdiccional	44
9.1 Medidas prejudiciales	44
9.2 Demanda y contestación	44
9.3 Conciliación	44
9.4 Término probatorio	45
9.5 Sentencia	45
9.6 Recursos	45
9.7 Tipo de prueba	46
9.8 Carga de la prueba	46
9.9 Confidencialidad	46
9.10 Otras sedes jurisdiccionales	47
9.11 Estadísticas	47

GARRIGUES

10.	Procedimiento no jurisdiccional ante el TDLC	47
10.1	Procedimiento de consulta	47
10.2	Instrucciones de carácter general	48
10.3	Recomendación Normativa	48
11.	Daños derivados de ilícitos anticompetitivos	48
Colombia		51
1.	Antecedentes generales	51
1.1	Marco normativo	51
1.2	Diseño institucional	53
1.3	Evolución del sistema	54
1.4	Tipología de prohibiciones generales de libre competencia y su ámbito de acción	54
1.5	Sujetos pasivos de las acciones de libre competencia	56
1.6	Extraterritorialidad	56
2.	Régimen general de sanciones	57
3.	Proyectos en tramitación	57
4.	Estructura orgánica de la institucionalidad	57
5.	Acuerdos horizontales	59
5.1	Normativa aplicable	59
5.2	Caducidad (prescripción)	59
5.3	Facultades específicas	59
5.4	Programa de Beneficios por Colaboración ("PBC")	60
5.5	Sanciones particulares	60
5.6	Criminalización	61
5.7	Tendencias	61
5.8	Situación de los acuerdos de cooperación	61
6.	Restricciones verticales	62
6.1	Normativa aplicable	62
6.2	Tendencias	62
7.	Abuso de posición dominante	63
7.1	Normativa aplicable	63
7.2	Posición dominante	63
7.3	Conductas abusivas	63
7.4	Tendencias	64
8.	Competencia desleal	64
8.1	Normativa aplicable	64
8.2	Clasificación (tipos de conductas)	64
8.3	Prescripción	66
9.	Interlocking	66
9.1	Normativa aplicable	66
9.2	Tratamiento administrativo/jurisprudencial	66
10.	Actos restrictivos de la competencia	66
11.	Actos de autoridad	67
12.	Integraciones empresariales	67
12.1	Normativa aplicable y <i>soft law</i>	67
12.2	Autoridades	67
12.3	Operaciones de concentración notificables	67
12.4	Umbrales de notificación obligatoria	68
12.5	Procedimiento	68
12.6	Recursos	69
12.7	Incumplimiento obligación de notificar	69
12.8	Test sustantivo en cada tipo de operación	69
13.	Etapas del procedimiento administrativo	70
13.1	Normativa aplicable	70
13.2	Inicio de la investigación	70
13.3	Pruebas	71
13.4	La decisión de iniciar la investigación	71
13.5	Trámite de notificación del acto administrativo de apertura	71

GARRIGUES

13.6	Descargos de los investigados	71
13.7	Decreto y práctica de pruebas	71
13.8	Audiencia de alegaciones	72
13.9	Informe motivado	72
13.10	Decisión	72
13.11	Resultados de las investigaciones de la SIC	72
13.12	Recursos	72
14.	Control Contencioso-Administrativo	73
15.	Daños	73
15.1	Acción de responsabilidad civil	74
15.2	Acción de grupo	75
15.3	Acción de competencia desleal por violación de normas	75
16.	Acción popular	76
16.1	Normativa aplicable	76
Ecuador		78
1.	Antecedentes generales	78
1.1	Marco normativo	78
1.2	Diseño institucional	82
1.3	Evolución del sistema	82
1.4	Tipología de libre competencia y ámbito de protección	84
1.5	Sujetos pasivos de las acciones de libre competencia	85
1.6	Extraterritorialidad	86
2.	Régimen general de sanciones	86
3.	Proyectos en tramitación	87
3.1	Proyecto de ley orgánica de competencia desleal	87
4.	Estructura orgánica de la institucionalidad	88
4.1	Superintendente de Control del Poder de Mercado (LORCPM. Artículos 36 – 52)	88
4.2	Intendencia General Técnica	89
4.3	Intendencia Nacional Jurídica (INJ)	89
4.4	Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (INICPD)	89
4.5	Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (INICAPMAPR)	90
4.6	Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas (INCCE)	90
4.7	Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia (INAC)	90
4.8	Comisión de Resolución de Primera Instancia	91
5.	Prácticas restrictivas horizontales	91
5.1	Normativa aplicable	91
5.2	Facultades específicas	92
5.3	Caducidad (prescripción)	92
5.4	Delación compensada	92
6.	Prácticas restrictivas verticales	96
6.1	Normativa aplicable	96
6.2	Prescripción (caducidad)	96
6.3	Facultades específicas	96
6.4	Delación compensada	96
7.	Abuso de posición dominante	96
7.1	Normativa aplicable	96
7.2	Posición dominante	97
7.3	Conductas abusivas	98
8.	Competencia desleal	99
8.1	Normativa aplicable	99
8.2	Clasificación	100
8.3	Actos de autoridad	101
9.	Operaciones de concentración	101
9.1	Normativa aplicable	101
9.2	Autoridades	101
9.3	Operaciones de control notificables	101

GARRIGUES

9.4	Umbral de notificación obligatoria	102
9.5	Notificación voluntaria e investigación de oficio	102
9.6	Pre-notificación	102
9.7	Procedimiento y tiempos	103
10.	Procedimiento en fase de investigación	107
10.1	Normativa aplicable	107
10.2	Inicio de la investigación	107
10.3	Admisibilidad	107
10.4	Prueba	107
10.5	Plazos	108
10.6	Discrecionalidad y confidencialidad	108
10.7	Resultado de las investigaciones	108
11.	Control contencioso administrativo	109
11.1	Tribunales de lo contencioso administrativo	109
11.2	Corte Nacional de Justicia	109
11.3	Corte Constitucional	109
12.	Daños	109
Perú		112
1.	Antecedentes generales	112
1.1	Marco normativo y otras fuentes	112
1.2	Diseño institucional	114
1.3	Evolución del sistema	115
1.4	Tipos de conductas anticompetitivas	117
1.5	Sujetos pasivos de las acciones de libre competencia	117
1.6	Extraterritorialidad	118
1.7	Actos de la autoridad y exenciones	118
2.	Régimen general de sanciones	119
3.	Proyectos en tramitación	120
4.	Estructura orgánica de la institucionalidad	120
4.1	Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia	120
4.2	Comisión de Defensa de la Libre Competencia	121
4.3	Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual	122
5.	Abuso de posición dominante	122
5.1	Normativa aplicable	122
5.2	Posición dominante	123
5.3	Conductas de abuso de posición de dominio	123
5.4	Estándar de evaluación de las conductas	124
5.5	Tendencias	124
6.	Prácticas colusorias horizontales	124
6.1	Normativa aplicable	124
6.2	Prescripción	126
6.3	Delación compensada	126
6.4	Sanciones particulares	127
6.5	Criminalización	127
6.6	Tendencias	127
7.	Prácticas colusorias verticales	128
7.1	Normativa aplicable	128
7.2	Prescripción	128
7.3	Facultades específicas	128
7.4	Delación compensada	128
7.5	Tendencias	128
8.	Competencia desleal	129
8.1	Normativa aplicable	129
8.2	Clasificación (tipos de conductas)	129
8.3	Autoridad Competente	130
8.4	Procedimiento	130
8.5	Sanciones	131

GARRIGUES

9.	Operaciones de concentración	131
9.1	Normativa aplicable	131
9.2	Autoridades	131
9.3	Operaciones de concentración notificables	132
9.4	Umbrales de notificación obligatoria	134
9.5	Notificación voluntaria e investigación de oficio	135
9.6	Consultas previas	136
9.7	Pre-notificación	136
9.8	Procedimiento y plazos	136
9.9	Silencio administrativo positivo	138
9.10	Recursos	138
9.11	Incumplimiento de obligación de notificar	138
9.12	Análisis de Fondo para Calificar una Operación de Concentración	139
10.	Procedimiento sancionador por conductas anticompetitivas ante el INDECOPI	141
10.1	Primera parte: a cargo de la Dirección	142
10.2	Segunda parte: a cargo de la Comisión	142
10.3	Tercera parte: a cargo de la Sala	143
11.	Procedimiento jurisdiccional	143
12.	Otros procedimientos	143
12.1	Abogacía de la Competencia	143
12.2	Estudios y Reportes de Mercado	144
12.3	Lineamientos y Guías	144
12.4	Opinión sobre proyectos de ley e iniciativas legislativas	144
13.	Demanda de indemnización por daños y perjuicios	144
13.1	Supuestos aplicables	144
13.2	Función del INDECOPI	144
	Comparación de la institucionalidad de libre competencia en Chile, Colombia, Ecuador y Perú	145

Prólogo

Diseño Institucional de los regímenes de libre competencia Chile, Colombia, Ecuador y Perú

Tal como explica David Gerber en su libro “[Derecho de la Competencia: Una Guía Global](#)” (2020), esta rama del derecho es, cada vez más, un fenómeno transfronterizo. Esto se materializa, entre otras cosas, en los sistemas de control de operaciones de concentración a los cuales deben someterse las transacciones internacionales, los procedimientos de solicitudes de clemencia (*leniency*) respecto a los carteles de alcance global, y la influencia recíproca en los criterios de análisis que usan las autoridades de competencia para casos similares.

Sin embargo, este carácter internacional del derecho de competencia no implica uniformidad. Como es natural, las jurisdicciones tienen tanto áreas de convergencia (por ejemplo, la sanción de la colusión y el estándar de revisión de las operaciones de concentración) como de divergencia (por ejemplo, el tratamiento de los abusos explotativos o las reglas de *interlocking*), resultando útil examinar el alcance y los límites de estas áreas.

En este marco, y en consonancia con su vocación regional, el [CentroCompetencia](#) (CeCo) de la Universidad Adolfo Ibáñez se propuso realizar un análisis comparativo de los regímenes de competencia de Chile, Colombia, Ecuador y Perú¹. Para esta tarea, CeCo contactó al abogado chileno Mario Ybar, del estudio jurídico Garrigues, proponiéndole precisamente aprovechar la presencia regional de Garrigues para llevar a cabo este proyecto. Afortunadamente, Mario aceptó la propuesta y coordinó a un valioso equipo de abogados, integrado por Ivo Gagliuffi (Perú), José Miguel de la Calle (Colombia) y Mario Navarrete² (Ecuador). Las entregas realizadas por el equipo de Garrigues fueron revisadas y complementadas por el equipo de investigadores de CeCo³.

El resultado de este esfuerzo conjunto es un documento que presenta un análisis estandarizado y sintético de los aspectos institucionales más relevantes de los regímenes de libre competencia de estos 4 países. Así, se abordan temas tales como la estructura orgánica de la institucionalidad, el régimen de sanciones, el tratamiento de la colusión y del abuso de posición dominante, el sistema de control de fusiones, las facultades investigativas de la autoridad, y las reglas de indemnización de daños.

Dado su enfoque práctico y comparado, estimamos que este trabajo será de utilidad tanto para los abogados del mundo profesional que día a día lidian con clientes extranjeros (que usualmente traen preguntas sobre el país y la región), como para los académicos que realizan investigaciones de derecho comparado.

¹ Este estudio solo se remitió a estos países pues son los que, para el año 2022, tenían [alianzas con CeCo](#). Esto, a través de las universidades Pontificia Universidad Javeriana (Colombia), Universidad San Francisco de Quito (Ecuador), y Universidad del Pacífico (Perú).

² Abogado de la firma Pérez Bustamante & Ponce (PBP).

³ Por parte del equipo CeCo, estuvieron Sebastián Cañas O. (ex investigador), Ignacio Peralta F. y Juan Pablo Iglesias M.

GARRIGUES

Garrigues y CeCo han asumido el compromiso de repetir este ejercicio en el futuro, pero esta vez agregando a Brasil y México en una primera etapa, para luego continuar con los otros países de la región. Asimismo, se incluirá a España, aprovechando la experiencia de la matriz de Garrigues en libre competencia y con el objetivo de brindar una visión iberoamericana de la práctica. Valoramos esta iniciativa y creemos que será muy bienvenida por los practicantes de la región. Son proyectos como este los que vienen a materializar la misión de CeCo, cual es la de contribuir a la generación y difusión de contenido de calidad (y fácilmente accesible), que sirva a las personas que se dedican a la libre competencia y que, en último término, consolide el buen entendimiento y racionalidad de los sistemas de libre competencia en Latinoamérica (esencial para el correcto funcionamiento de una economía de mercado).

Abril de 2024

Felipe Irrazabal Ph. (Director de CeCo, Universidad Adolfo Ibáñez)

Juan Pablo Iglesias M. (Coordinador de CeCo, Universidad Adolfo Ibáñez)

Chile

Chile

Mario Ybar

Abreviaturas

FNE	Fiscalía Nacional Económica
TDLC	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
DL 211	Decreto Ley N° 211
ICG	Instrucción de Carácter General
LDE	Ley 21.595 de 2023 sobre Delitos Económicos
CLP	Peso chileno (moneda)
UTA	Unidad Tributaria Anual

1. Antecedentes generales

1.1 Marco normativo

El régimen chileno de Libre Competencia está contenido en los siguientes cuerpos legales:

- (i) Constitución Política de Chile: El artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de Chile establece la base del sistema nacional de competencia. Dicho artículo garantiza el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público y la seguridad nacional.
- (ii) Decreto Ley N° 211: El DFL N° 1 de 2005 fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, que contiene la normativa chilena sobre libre competencia (“DL 211” o “Ley de Competencia”). De acuerdo con el DL 211, la promoción y defensa de la libre competencia corresponde al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) y a la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”).
- (iii) Otras leyes: Otras leyes relevantes son:
 - (a) Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión, Información y Ejercicio del Periodismo;
 - (b) Ley N° 19.542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal;
 - (c) D.F.L. N° 323, de 1931, Ley de Servicios De Gas;
 - (d) Ley N° 20.920 sobre Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje;
 - (e) Ley N° 20.169 de Competencia Desleal;
 - (f) Ley N° 19.496 de Protección al Consumidor;

- (g) Código de Procedimiento Civil que rige los aspectos procedimentales de los procedimientos ante el TDLC; y,
 - (h) Código Procesal Penal que rige supletoriamente en el ejercicio de las medidas intrusivas por parte de la FNE para casos de colusión.
- (iv) Regulaciones del TDLC: El TDLC ha dictado 28 regulaciones internas (*Auto Acordados*), 19 de las cuales se encuentran actualmente vigentes¹. Los principales *Auto Acordados* son los N^{os} 5, 16 y 19. El primero, establece la forma de tramitación de demandas o requerimientos, por una parte, y de consultas, por la otra, cuando recaigan sobre unos mismos hechos, en relación con la aplicación del procedimiento denominado “no contencioso”. El segundo, regula el procedimiento para la declaración de confidencialidad y reserva de los documentos acompañados ante el TDLC, y para la elaboración de sus respectivas versiones públicas. El tercero se refiere a la tramitación electrónica de los procesos.

Por otra parte, el TDLC también cuenta con la potestad para dictar “Instrucciones de Carácter General” (ICG) que deben ser consideradas por los privados. Esta potestad regulatoria ha sido ejercida por el TDLC en un limitado número veces, pudiéndose destacar: (i) las ICG N^o5 Respecto de las Condiciones de Competencia en el Mercado de los Medios de Pago con Tarjetas de Crédito, Tarjetas de Débito y Tarjetas de Pago con Provisión de Fondos²; (ii) las ICG N^o1 sobre el Mercado de Servicios de Recolección, Transporte y Disposición de Residuos Sólidos Domiciliarios³; y (iii) las ICG N^o2 sobre la Provisión de Servicios de Telefonía Móvil y la Oferta Conjunta de Servicios de Telecomunicaciones⁴ (modificadas por las ICG N^o4⁵).

- (v) Jurisprudencia: Chile se rige por el sistema de derecho continental de modo que el precedente judicial no es vinculante para los tribunales. Sin embargo, la jurisprudencia del TDLC y la Corte Suprema ha ido llenando de contenido la regulación del DL 211, que es un texto legal relativamente breve. Lo mismo ocurre con las resoluciones de la FNE, en relación con el sistema de control previo y obligatorio de fusiones (que se encuentra a cargo de esta autoridad).
- (vi) Soft-law: La FNE frecuentemente elabora guías mediante las cuales orienta a los usuarios respecto de los criterios o requisitos que tendrá en consideración al momento de iniciar investigaciones por la comisión de un determinado ilícito, revisar operaciones de concentración, elaborar estudios de mercado, entre otros. Si bien no tienen el carácter de vinculantes, estas guías frecuentemente son tomadas en consideración por los privados en los procedimientos de libre competencia. Además, adquieren particular importancia cuando están destinadas a orientar a los usuarios respecto de los procedimientos administrativos que son de exclusiva competencia de la FNE, tales como el procedimiento

¹ Ver autos acordados por el TDLC en el siguiente link: <https://www.tdlc.cl/auto-acordados/>.

² Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2022/08/ICG_5-2022.pdf.

³ Ver texto refundido en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/instrucciones_generales/Instruccion_General_03_2013.pdf

⁴ Ver texto original en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/instrucciones_generales/Instruccion_General_02_2012.pdf;

⁵ Ver modificación en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/instrucciones_generales/Instruccion_General_04_2015.pdf.

de control preventivo de operaciones de concentración, o la solicitud de delación compensada. Las principales guías emitidas por la FNE son:

- (a) La Guía Interna para Solicitudes de Multa⁶;
- (b) La Guía Interna para la Interposición de Querellas por el Delito de Colusión⁷;
- (c) La Guía Interna para el Desarrollo de Estudios de Mercado⁸;
- (d) La Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales⁹
- (e) La Guía Práctica para la Aplicación de Umbrales de Notificación de Operaciones de Concentración en Chile¹⁰;
- (f) La Guía para el Análisis de Restricciones Verticales¹¹;
- (g) La Guía de Competencia (de la FNE para conocer de operaciones de concentración)¹²; y
- (h) La Guía de Remedios¹³.

1.2 Diseño institucional

El sistema actual contempla un modelo judicial en que una agencia administrativa –la FNE- investiga y presenta casos ante un tribunal -el TDLC- que para estos efectos desempeña funciones de naturaleza jurisdiccional (resolver conflictos con efectos de cosa juzgada), y cuyas decisiones son susceptibles de ser reclamadas ante la Corte Suprema.

Adicionalmente, el TDLC es revestido de potestades extra-jurisdiccionales propias de un órgano administrativo (artículo 18, N°s 2 a 4 del DL 211). Estas potestades consisten en: (i) la dictación de Instrucciones de Carácter General que deben ser cumplidas por los agentes de una determinada industria o mercado; (ii) la recomendación, al Presidente de la República, de modificaciones normativas a preceptos legales o reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, así como la dictación de estos cuando sea necesario para fomentar la

⁶ Ver documento de agosto de 2019 en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/08/Gu%C3%ADa-de-multas.pdf>.

⁷ Ver documento de junio de 2018 en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/06/Gu%C3%ADa-de-Querellas-final-definitiva.pdf>.

⁸ Ver documento de mayo de 2017 en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia_Estudios_Mercado_Final_oct2017.pdf.

⁹ Ver documento de mayo de 2022 en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/05/20220531.-Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-version-final-en-castellano.pdf>.

¹⁰ Ver documento de 2019 en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/08/Guia_Umbrales-08.2019.pdf.

¹¹ Ver documento de 2014 en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Gu%C3%ADa-Restricciones-Verticales-1.pdf>.

¹² Ver documento de 2017 en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-competencia.pdf>.

¹³ Ver documento de 2017 en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-remedios-.pdf>.

competencia; y (iii) la resolución de consultas relacionadas con hechos, actos o contratos que podrían afectar la libre competencia¹⁴.

La FNE, sin embargo, también cuenta con atribuciones diferentes de las que tradicionalmente son delegadas a los órganos fiscalizadores o investigadores administrativos (art. 39 DL 211), tales como: (i) elaborar estudios de mercado; (ii) proponer al Presidente de la República modificaciones normativas a preceptos legales o reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, o la dictación de estos cuando sea necesario; y, (iii) la tramitación y resolución de solicitudes de operaciones de concentración sujetas al control preventivo.

1.3 Evolución del sistema

El primer estatuto relacionado con la Libre Competencia en Chile, la Ley 13.305, fue redactado el año 1959. Dicha norma reproducía ideas y conceptos de la *Sherman Act* y creaba una Comisión para conocer de reclamos por conductas anticompetitivas.

Sin embargo, el sistema actual de Libre Competencia fue instaurado el año 1973, mediante el DL 211. Dicha norma ha sido modificada en varias ocasiones, tales como: (i) la Ley N°19.911 de 2003, que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, asegurando la independencia, especialización y dedicación de las autoridades; (ii) la Ley N°20.361 de 2009, que introdujo una serie de cambios con el propósito de dotar de mayor efectividad las investigaciones de la FNE, entre los que destacan el aumento de multas, la introducción de atribuciones para realizar interceptaciones telefónicas y allanamientos, la creación del mecanismo de delación compensada y la ampliación del plazo de prescripción de las conductas anticompetitivas; y (iii) la Ley N° 20.945 de 2016, dentro de la cual destacan las siguientes reformas:

- (i) Criminalización de los carteles duros;
- (ii) Eliminación del requisito consistente en que los acuerdos que involucren a “competidores entre sí” revistan a las partes de poder de mercado en el caso de los carteles duros;
- (iii) Prohibición del *Interlocking* entre empresas competidoras;
- (iv) Obligación de informar, ex post, adquisiciones de participaciones minoritarias en empresas competidoras;
- (v) Aumento de las multas hasta un 30% de las ventas del período o el doble del beneficio obtenido;
- (vi) Creación de un sistema de control preventivo de operaciones de concentración; y,
- (vii) Otorgamiento al TDLC de la facultad para conocer los casos de daños derivados de las infracciones a la libre competencia.

¹⁴ El sentido original de esta potestad era entregar certeza jurídica para los actores de los mercados, quienes pueden tener dudas respecto de si un determinado hecho o acto celebrado, o por celebrarse, puede llegar a infringir la libre competencia, sin que exista un “conflicto” de trascendencia jurídica. Sin embargo, en la práctica, este procedimiento ha sido utilizado para ventilar asuntos que son propios de los procedimientos contenciosos, ver: Mario Ybar, “Hoja de ruta para la libre competencia en Chile: Una propuesta”, Diálogos CeCo (marzo 2022), pp. 33-36, <https://centrocompetencia.com/dialogo-hoja-de-ruta-para-la-libre-competencia-en-chile-una-propuesta/>.

La última reforma al DL 211 fue incorporada con la Ley 21.595 de 2023 sobre Delitos Económicos (LDE). Los cambios introducidos al sistema de libre competencia en esta ley son pequeños, pudiéndose resumir de la siguiente forma: (i) se derogan los incisos tercero y cuarto del art. 62 del DL 211, que establecían un sistema “especial” de graduación de las penas, remitiéndose en cambio al marco establecido en la ley de Delitos Económicos, con las circunstancias especiales contempladas para las atenuantes por reglas de cooperación (art. 63 LDE); y (ii) las penas de inhabilidades fueron sacadas del inciso segundo del art. 62 del DL 211 para incorporarse en las disposiciones generales de la LDE.

1.4 Tipificación de actos contrarios a la libre competencia y ámbito de acción

El tipo genérico establecido por el DL 211 se encuentra tipificado en el inciso primero del artículo 3º, que prohíbe la ejecución o celebración, individual o colectiva, de cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos¹⁵. Esto quiere decir que se trata de un tipo abierto e indeterminado, no limitado a ejemplos específicos de infracción a la competencia.

De esta forma, son la Corte Suprema o el TDLC los órganos que deben dar contenido al DL 211, por la vía de resolver casos individuales, adoptando, sin embargo, definiciones de política pública relevantes en materia de libre competencia.

Sin perjuicio de lo anterior, el mismo artículo 3º, en su inciso segundo, provee de ejemplos concretos de conductas que se consideran hechos, actos o convenciones que impiden restringen o entorpecen la libre competencia, o que tienden a producir dichos efectos¹⁶. Tales son:

- (i) Acuerdos o prácticas concertadas: Son contrarios a la libre competencia, 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 que afecten los resultados de procesos de licitación. Los acuerdos

¹⁵ DL 211, art. 3.

¹⁶ El inciso segundo del artículo 3 señala que:

“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos:

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.

b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

d) La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario. Con todo, sólo se materializará esta infracción si transcurridos noventa días corridos, contados desde el término del año calendario en que fue superado el referido umbral, se mantuviere la participación simultánea en tales cargos.

horizontales que no recaigan sobre variables comprendidas en la descripción anterior, por su parte, resultarán contrarios a la libre competencia en la medida que se acredite que el acuerdo o practica resulta apta para conferir poder de mercado a sus integrantes¹⁷).

- (ii) La explotación abusiva de una posición dominante en el mercado: se entregan una serie de ejemplos de abuso de posición dominante que pueden ser considerados contrarios a la libre competencia (como imponer a una venta, la venta de otro producto). Esta explotación puede ser realizada por uno o varios agentes económicos.
- (iii) Prácticas predatorias o de competencia desleal: ambas hipótesis se regulan en conjunto y son consideradas ilícitas en la medida que sean realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.
- (iv) La posición simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes en dos o más empresas competidoras: esta disposición, conocida como prohibición del *interlocking*, solo es aplicable en la medida que ambas empresas superen un umbral de ingresos anuales por ventas establecido en la misma ley¹⁸.

Por su parte, el artículo 3º bis tipifica las distintas hipótesis de infracciones al deber de notificar operaciones de concentración que se encuentren sujetas al régimen de control previo obligatorio (“Gun Jumping”)¹⁹.

1.5 Sujetos pasivos de las acciones de libre competencia

Las demandas o requerimientos pueden dirigirse contra todo aquel “*que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos*”²⁰, sin importar si se trata de personas naturales o jurídicas, o de entes públicos o privados.

En una jurisprudencia reiterada y uniforme, el TDLC y la Corte Suprema han reconocido la llamada “doctrina de la única entidad económica”, conforme a la cual el sujeto pasivo de una demanda o requerimiento puede incluir a todas las empresas que forman parte de su mismo

¹⁷ Sobre esto, véase: TDLC, Sentencia N°187/2023, C°17. Ficha disponible en: <https://centrocompetencia.com/jurisprudencia/fne-calquin-pegasus-faasa-colusion/>

¹⁸ 100.000 Unidades de Fomento (equivalentes a USD 3.900.000, aprox.).

¹⁹ Artículo 3º, Bis: “Podrán también aplicarse las medidas del artículo 26, así como aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias, 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 31 bis, 54 ó 57, 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 31 bis ó 57, según corresponda; y,
- e) Notifiquen una operación de concentración, de conformidad al Título IV, entregando información falsa”.

²⁰ DL 211, art. 3.

grupo económico, siendo determinante para esto distinguir cuándo una matriz puede ejercer influencia decisiva sobre su filial²¹.

1.6 Extraterritorialidad

El TDLC ha declarado su jurisdicción sobre conductas ejecutadas en el exterior que producen efectos en Chile:

“(…) debe tenerse presente que este Tribunal ha manifestado en reiteradas oportunidades que, si se siguiera la argumentación de la requerida Whirlpool, la presunta conducta ilícita quedaría reducida únicamente al lugar en que supuestamente se comete, celebra o acuerda, sin alcanzar al lugar en el que se producirían los efectos actuales o potenciales de la misma, con lo que se llegaría al extremo de no poder juzgarse en Chile restricciones a la competencia efectuadas en el extranjero pero que afecten a alguno de nuestros mercados, o al de juzgar conductas realizadas en Chile que no sean aptas para producir efectos anticompetitivos en el país, perdiendo con ello sentido la normativa del D.L. N° 211, cuyo propósito es el de velar, dentro del territorio de la República de Chile, por el desenvolvimiento competitivo de sus mercados”.

“[U]na postura contraria a la expuesta precedentemente generaría el incentivo perverso de dejar en la impunidad a quienes, queriendo vulnerar la competencia en los mercados chilenos, adoptasen ex profeso sus decisiones anticompetitivas o ejecutasen las acciones tendientes a implementarlas fuera de Chile, viajando con tal propósito a otro país, o utilizando medios de comunicación o intermediarios no situados en Chile, pues de esta forma, aunque los efectos de esas decisiones y acciones afectasen nuestros mercados, no habría manera de someterlos al conocimiento de este Tribunal”²².

Esta visión ha sido corroborada por la Corte Suprema, que en el mismo proceso recién analizado afirmó que:

“(…) teniendo en consideración que la finalidad de la normativa contenida en el Decreto Ley N° 211 es tutelar la libre competencia en Chile, es claro que nuestros tribunales sí tienen competencia para conocer de aquellos atentados contra ese bien jurídico que han producido efecto en Chile o que tenían la aptitud para hacerlo, cualquiera sea el lugar en que se ejecuten o celebren.”²³

Asimismo, en el art. 6° del Código Orgánico de Tribunales chileno (COT) se establece expresamente que el delito penal de colusión (tipificado en el artículo 62 del DL 211), se encuentra sometido a la jurisdicción chilena cuando fuere perpetrado fuera del territorio chileno pero afecte los mercados chilenos. Hasta la fecha, sin embargo, no han existido querellas penales por dicho delito penal.

Todo lo anterior es coherente con algunos tratados de libre comercio suscritos por Chile, en los cuales se señala la obligación de que los Estados parte del acuerdo apliquen sus normas de

²¹ Ver: Nicolás Palma, “Doctrina de la Única Unidad Económica en el Derecho de la Competencia: Aplicación y Límites”, *Investigaciones CeCo* (agosto 2022), <https://centrocompetencia.com/doctrina-unidad-economica-derecho-competencia/>.

²² Sentencia TDLC N° 122 (2012), “FNE v. Tecumseh Do Brasil Ltda. y otra”, c°. 6 y 7, https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Sentencia_122_2012.pdf.

²³ Corte Suprema (2013), Caso N° 5308-2012, “FNE v. Tecumseh Do Brasil Ltda. y otra”, c. 2, https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Sentencia_122_Corte_Suprema.pdf.

competencia en todas las actividades comerciales llevadas a cabo en su territorio, pero reconociéndose además la posibilidad (y eventuales mecanismos) para conocer de una conducta que ejecutada fuera de su territorio que produzca efectos al interior de él²⁴.

2. Régimen general de sanciones

El artículo 26 del DL 211 permite al TDLC imponer diferentes tipos de sanciones administrativas, dentro de las cuales se comprenden:

- (i) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley;
- (ii) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior;
- (iii) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente al treinta por ciento (30%) de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción. En caso de que no sea posible estimar el beneficio económico ni las ventas, se pueden imponer multas de hasta 60.000.- Unidades Tributarias Anuales (UTAs), que equivalen a un aproximado de USD 47.000.000²⁵.-

Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo²⁶.

Existe, además, una Guía Interna para Solicitudes de Multa de la FNE, que establece la metodología sobre la cual este órgano determinará las sanciones que solicitará al TDLC en cada

²⁴ Ver, por ejemplo: Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, Capítulo 16 “Política de Competencia”, disponible en https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/tratado-tpp11/16--politica-de-competencia.pdf?sfvrsn=51c0d4da_2; y Acuerdo de Libre Comercio Chile-Perú, Capítulo 8 “Política de Competencia”, disponible en https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/acuerdos/peru/capitulos-peru/9-capitulo-8-pol%C3%ADtica-de-competencia.pdf?sfvrsn=1321fe64_2.

²⁵ Conversión realizada a la fecha de redacción de este documento.

²⁶ Por ejemplo, constituyen decisiones en que se han aplicado multas a personas naturales las Sentencias N^{os}: **145** (2015), “FNE c. Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros” (https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Sentencia_145_2015.pdf); **133** (2014) “FNE c. Pullman Bus Costa Central y otros” (https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Sentencia_133_2014.pdf); **128** (2013), “FNE c. ACHAP A.G. y otros” (https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Sentencia_128_2013.pdf); **74** (2008), “FNE c. AM Patagonia S.A. y otros” (https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Sentencia_74_2008.pdf); y **185** (2023) “FNE c. Pegasus South America Servicios Integrales de Aviación SpA e Inaer Helicopter Chile S.A.” (https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2023/09/Sentencia_N_185_2023-3-1.pdf).

caso²⁷, aunque carece de fuerza vinculante respecto de las multas que en definitiva imponga el TDLC y, en último término, la Corte Suprema.

3. Proyectos en tramitación

En marzo de 2020, el Gobierno presentó al Congreso un proyecto de ley que introduce varias reformas al DL 211 (Boletín N° 13925-03). Este proyecto no ha tenido avances en trámite legislativo desde abril de 2020. Las principales reformas del proyecto de ley son las siguientes:

- (i) **Facultades de la FNE en materia de colusión:** El proyecto de ley propone otorgar facultades investigativas adicionales a la FNE para casos de colusión, tales como solicitar el levantamiento del secreto bancario y fotografiar, filmar y grabar a las personas.
- (ii) **Aumento de la pena de prisión por colusión:** El proyecto de ley propone sancionar la colusión sobre bienes o servicios de primera necesidad con hasta cinco a diez años de prisión (en lugar de tres a diez años de prisión, como se hace actualmente por colusión sobre tales bienes y servicios y otros).
- (iii) **Denunciante anónimo:** El proyecto de ley propone crear la figura de denunciantes anónimos individuales, además de la regulación de Clemencia (delación compensada), y la posibilidad de realizar una denuncia ante la FNE solicitando la confidencialidad de la identificación del denunciante.

Sin perjuicio de lo señalado, parece poco factible que las modificaciones referidas sean aprobadas por el Congreso.

4. Estructura orgánica de la institucionalidad

4.1 Fiscalía Nacional Económica (DL 211, arts. 33 a 45)

- (i) Composición: El Fiscal Nacional Económico es el representante del interés económico de la colectividad y cabeza de la FNE. Debe ser abogado, con diez años de ejercicio profesional o tres años de antigüedad en el servicio.
- (ii) Designación: Por el Presidente de la República de una terna provista por el Consejo de Alta Dirección Pública, luego de celebrado un proceso de selección de candidatos mediante este mecanismo.
- (iii) Períodos: 4 años, renovables.
- (iv) Remoción:
 - (a) Término del período legal de su designación;
 - (b) Renuncia voluntaria aceptada por el Presidente de la República;

²⁷ FNE, "Guía Interna para Solicitudes de Multa de la Fiscalía Nacional Económica" (agosto de 2019), disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/08/Gu%C3%ADa-de-multas.pdf>.

GARRIGUES

- (c) Destitución por negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones; o,
- (d) Incapacidad.

Estas últimas dos causales deberán ser dispuestas por el Presidente de la República, con el informe favorable de la Corte Suprema, a requerimiento del Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción.

- (v) Número de profesionales: De acuerdo con información pública de la FNE, a noviembre de 2023 se desempeñaban 110 funcionarios con contrato permanente en la institución (sean “de planta” o “a contrata”)²⁸.
- (vi) Unidades internas: El Fiscal Nacional Económico es secundado por el Subfiscal Nacional. Además, la FNE se estructura en las siguientes Divisiones o Unidades:
 - (a) Litigios;
 - (b) Antimonopolios (principalmente para investigaciones de abuso de posición dominante, acuerdos verticales, e informes sobre licitaciones);
 - (c) Anti-Carteles;
 - (d) Fusiones;
 - (e) Estudios de Mercado; y,
 - (f) Fiscalización.
- (vii) Presupuesto: El presupuesto asignado a la FNE en el año 2023 fue de \$7.534.314.000.- CLP, lo que equivale un aproximado de \$8.178.803,73.- USD²⁹.
- (viii) Atribuciones de investigación: De acuerdo con el artículo 39, letra a), del DL 211 la FNE podrá instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a dicha norma. Al efecto, la FNE contará con las siguientes atribuciones:
 - (a) Requerir de los organismos y servicios públicos que pongan a su disposición los antecedentes que estime necesarios para las investigaciones, denuncias o querellas que se encuentre practicando o en que le corresponda intervenir³⁰.
 - (b) Requerir de los organismos técnicos del Estado los informes que estime necesarios y contratar los servicios de peritos o técnicos³¹;

²⁸ Ver información disponible en: Portal Transparencia [sitio web oficial], Transparencia Activa, Fiscalía Nacional Económica, <https://www.portaltransparencia.cl/PortalPdT/directorio-de-organismos-regulados/?org=AH005>.

²⁹ Esta información fue levantada usando como referencia el aporte fiscal de la glosa presupuestaria correspondiente a la FNE, disponible en: Portal Transparencia [sitio web oficial], Transparencia Activa, Fiscalía Nacional Económica, https://www.dipres.gob.cl/597/articles-299085_doc_pdf.pdf.

³⁰ Artículo 39, letra g), del DL 211.

³¹ Artículo 39, letra k), del DL 211.

- (c) Solicitar a los particulares las informaciones y los antecedentes que estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique³²;
 - (d) Llamar a declarar, o pedir declaración por escrito a los representantes, administradores, asesores y dependientes de las entidades o personas que pudieren tener conocimiento de hechos, actos o convenciones objeto de investigaciones³³; y,
 - (e) En casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar conductas de las descritas en la letra a) del artículo 3° del DL 211, solicitar, mediante petición fundada y con la aprobación previa del TDLC, autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago que corresponda de acuerdo al turno, para que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de la FNE que indique la solicitud, proceda a ejecutar las potestades intrusivas a que se hace referencia en el numeral 5.iii³⁴.
- (ix) Percepción técnica: De acuerdo con una encuesta realizada a los abogados más destacados de Chile a principios del año 2023, preparada por Deloitte a petición de CeCo, la FNE sería ampliamente valorada en la profundidad de su análisis tanto económico, como jurídico³⁵. Además, de acuerdo con la percepción de los abogados encuestados, la FNE demostraría un elevado nivel de: (i) actualización conforme a los avances del derecho comparado y estándares internacionales en materia de competencia³⁶; (ii) resguardo de la información confidencial aportada en procedimientos³⁷; (iii) profesionalismo y trato en todas sus áreas³⁸; y (iv) desempeño en la litigación³⁹ y la tramitación de fusiones⁴⁰.

³² Artículo 39, letra g), del DL 211. De acuerdo con el inciso cuarto de este numeral, “*quienes, con el fin de dificultar, desviar o eludir el ejercicio de las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica, oculten información que les haya sido solicitada por la Fiscalía o le proporcionen información falsa, incurrirán en la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio*”.

Asimismo, de conformidad con el inciso quinto “*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 hasta dos unidades tributarias anuales por cada día de atraso*”.

³³ Artículo 39, letra j), del DL 211.

³⁴ Artículo 39, letra n), del DL 211.

³⁵ Respecto de la profundidad de su análisis jurídico, los abogados encuestados evaluaron a la FNE con una calificación promedio de 5,27 (en una escala del 1 al 7). Por su parte, la calificación promedio obtenida en su análisis económico fue de 5,47 (en una escala del 1 al 7). Ver: Deloitte y CeCo, “Informe Deloitte 2023: Estudio sobre la percepción de las autoridades de libre competencia en Chile, Colombia, Ecuador y Perú”, Diálogos CeCo (marzo 2023), pág. 45, disponible en <https://centrocompetencia.com/informe-deloitte-2023-percepcion-autoridades-libre-competencia-en-chile-colombia-ecuador-y-peru/>.

³⁶ Calificación promedio de 5,57 (en una escala de 1 a 7). Ver: Ídem, pág. 47.

³⁷ Calificación promedio de 6,16 (en una escala de 1 a 7). Ver: Ídem, pág. 47.

³⁸ Todas obtuvieron una Calificación promedio superior a 5 (en una escala de 1 a 7). Ver: Ídem, pág. 80.

³⁹ Calificación promedio de 5,45 (en una escala de 1 a 7). Ver: Ídem, pág. 80.

⁴⁰ Calificación promedio de 5,8 (en una escala de 1 a 7). Ver: Ídem, pág. 80

4.2 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (DL 211, arts. 5 a 32)

- (i) Composición: El TDLC se compone de cinco ministros titulares. De estos, tres deben ser abogados y dos licenciados o con posgrados en ciencias económicas. Uno de los abogados ejerce como presidente, quien debe contar con 10 años de ejercicio profesional y destacada actividad profesional o académica. Existen, además, dos ministros suplentes (uno de cada área profesional).
- (ii) Designación: El Presidente del TDLC será designado por el Presidente de la República a partir de una nómina de cinco postulantes confeccionada por la Corte Suprema mediante concurso público de antecedentes. Dos integrantes, uno de cada área profesional, serán designados por el Consejo del Banco Central previo concurso público de antecedentes y los otros dos integrantes, también uno de cada área profesional, serán designados por el Presidente de la República, a partir de dos nóminas de tres postulantes, una para cada designación, confeccionadas por el Consejo del Banco Central, también mediante concurso público de antecedentes.
- (iii) Períodos: El cargo de ministro titular y suplente del TDLC se extiende por seis años, pudiendo ser designados por sólo un período sucesivo.
- (iv) Remoción:
 - (a) Término del período legal de su designación;
 - (b) Renuncia voluntaria;
 - (c) Destitución por notable abandono de deberes;
 - (d) Incapacidad sobreviniente; o
 - (e) No cumplir con las normas sobre dedicación exclusiva.

Las medidas de las letras a, b y c precedentes se harán efectivas por la Corte Suprema, a petición del Presidente del Tribunal o de dos de sus miembros, sin perjuicio de las facultades disciplinarias de la Corte Suprema.

- (v) Número de profesionales: De acuerdo con información pública de esta institución, en diciembre de 2023 se desempeñaban 31 personas de forma permanente⁴¹.
- (vi) Unidades internas: Además de los Ministros titulares y suplentes, el tribunal cuenta con un secretario abogado. Bajo la supervisión de dicho secretario se encuentran: (i) los relatores abogados; (ii) el equipo de economistas; (iii) una unidad de estudios; (iv) una oficina judicial; (v) el área de administración y finanzas; (vi) una unidad e informática y

⁴¹ Ver información disponible en: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [sitio web oficial], El Tribunal, Dotación de Personal, <https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2024/01/Dotacion-TDLC-dic-23.pdf>.

tecnología; y (vii) la oficina de partes. El equipo de economistas, en conjunto con los relatores abogados, supervisan el trabajo de los proveedores abogados⁴².

- (vii) **Presupuesto:** Si bien aún no se encuentra publicada la información presupuestaria del TDLC para el año 2023, en el año 2022 el presupuesto asignado a esta institución fue de \$2.181.059.000.- CLP, equivalente a un aproximado de \$2.399.164,90.- USD.
- (viii) **Percepción técnica:** De acuerdo con la misma encuesta realizada a los abogados más destacados de Chile a principios del año 2023, preparada por Deloitte a petición de CeCo, el TDLC sería ampliamente valorado en la profundidad de su análisis tanto económico, como jurídico⁴³. Además, de acuerdo con la percepción de los abogados encuestados, el TDLC demostraría un elevado nivel de: (i) independencia⁴⁴; (ii) actualización conforme a los avances del derecho comparado y estándares internacionales en materia de competencia⁴⁵; y (iii) protección de la información confidencial aportada a los procedimientos⁴⁶.

5. Acuerdos horizontales

- (i) **Normativa aplicable:** Como ya se anticipó, el ilícito genérico contenido en el inciso primero del artículo 3°, establece que:

“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”⁴⁷.

Adicionalmente, el artículo es complementado con cuatro letras que proveen ejemplos de conductas anticompetitivas. De esta forma, la regla del inciso primero hace las veces de conducta genérica, capaz de abarcar diversas hipótesis de acuerdos colusorios, sin perjuicio de que, en la letra a) del inciso segundo del mismo artículo, se especifique que son hechos, actos o convenciones anticompetitivos:

“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

⁴² Ver información disponible en: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [sitio web oficial], El Tribunal, Organigrama, <https://www.tdlc.cl/organigrama/>.

⁴³ Respecto de la profundidad de su análisis jurídico, los abogados encuestados evaluaron al TDLC con una calificación promedio de 5,16 (en una escala del 1 al 7). Por su parte, la calificación promedio obtenida en su análisis económico fue de 5,57 (en una escala del 1 al 7). Ver: Deloitte y CeCo, “Informe Deloitte 2023: Estudio sobre la percepción de las autoridades de libre competencia en Chile, Colombia, Ecuador y Perú”, pág. 45, disponible en <https://centrocompetencia.com/informe-deloitte-2023-percepcion-autoridades-libre-competencia-en-chile-colombia-ecuador-y-peru/>.

⁴⁴ Calificación promedio de 6,18 (en una escala de 1 a 7). Ver: Ídem, pág. 44.

⁴⁵ Calificación promedio de 5,53 (en una escala de 1 a 7). Ver: Ídem, pág. 47.

⁴⁶ Calificación promedio de 5,9 (en una escala de 1 a 7). Ver: Ídem, pág. 47.

⁴⁷ DL 211, art. 3.

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”⁴⁸.

Dada la modificación introducida por la Ley N°20.945 (2016), el nuevo artículo 3 letra a) considera dos clases de conductas colusorias: (i) las que para ser sancionadas requieren que se acredite que por su intermedio se ha conferido poder de mercado a los ejecutores (determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores); y aquellas en que (ii) no se necesita acreditar que los ejecutores adquirieron poder de mercado a través del acuerdo (fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación). Tal como se indicó *supra*, a esta segunda clase de conducta le sería aplicable la regla *per se*.

- (ii) **Prescripción:** La regla general es que las acciones en sede de libre competencia prescriban en un plazo de tres años, que se cuenta desde “*la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan*” (art. 20 DL 211).

Sin embargo, las acciones para perseguir los acuerdos entre competidores descritos en la letra a) del artículo 3°, tienen un plazo de prescripción especial de cinco años que no comienza a correr mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción.

- (iii) **Facultades específicas:** La FNE puede solicitar fundadamente, y con la aprobación previa del TDLC, autorización a un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, para que dos de las principales fuerzas de orden y seguridad de Chile (Carabineros o la Policía de Investigaciones): (i) entren a recintos públicos o privados y, en su caso, allanen y descerrajen el lugar; (ii) registren e incauten toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción; (iii) autoricen la interceptación de toda clase de comunicaciones, y (iv) ordenen a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las que hayan sido transmitidas o recibidas por ella. Todo lo anterior bajo la supervisión del funcionario que la FNE determine.

Estas medidas (llamadas coloquialmente “intrusivas”), solo pueden ser adoptadas en casos “*graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar conductas de las descritas en la letra a) del artículo 3°*”, es decir, única y exclusivamente para casos de colusión por conductas tipificadas en la letra a) ya descrita.

- (iv) **Delación compensada (*Leniency*):** Quienes intervienen en alguna de las conductas de la letra a) del artículo 3 del DL 211 y cumplen con los requisitos de la delación compensada, pueden ser eximidos de: (i) la sanción de disolución de la persona jurídica contemplada en la letra b) del artículo 26; (ii) la multa impuesta en conformidad con la letra c) del artículo 26; y (iii) la responsabilidad penal por el delito de colusión⁴⁹. Sin embargo, la delación compensada no protege a los beneficiarios de eventuales acciones de perjuicios que sean interpuestas en contra de sus beneficiarios.

⁴⁸ DL 211, art. 3.

⁴⁹ Ver arts. 39 bis y 63 del DL 211, y: FNE, “Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión”, documento de marzo de 2017, disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia_Delacion_Compensada.pdf.

De acuerdo con el artículo 39 bis del DL 211, para acceder a este beneficio, el delator debe:

- (a) Ser la primera persona que entregue “*antecedentes precisos, veraces y comprobables*” a la FNE, y que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el TDLC;
- (b) Abstenerse de divulgar la solicitud hasta que la FNE formule el requerimiento, ordene archivar el caso, o autorice expresamente su divulgación; y
- (c) Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud.

Por otra parte, el beneficio de la delación compensada puede ser revocado si se acredita que el beneficiario de la misma: (1) fue el organizador de la conducta ilícita; y (2) coaccionó a los demás para que participen en ella.

La legislación chilena también contempla el beneficio de delación compensada para el segundo delator, el que podrá acceder a una reducción de hasta un 50% de la multa y a la rebaja en un grado de la pena por el delito penal de colusión. Para esto, además de cumplir con los requisitos del primer delator, el segundo postulante debe aportar antecedentes adicionales que sean “*precisos, veraces y comprobables, y representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento*”. La FNE publicó en marzo de 2017 la “Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión”⁵⁰, que reemplazó a la “Guía Interna sobre Beneficios de Exención y Reducción de Multas en Casos de Colusión” de octubre de 2009.

- (v) **Sanciones particulares:** El DL 211 establece una sanción especial aplicable únicamente al ilícito de colusión, a saber:

“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, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años contado desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada”⁵¹.

- (vi) **Criminalización:** La reforma del año 2016 criminalizó el delito de colusión creando un tipo penal especial, tipificado en el artículo 62 del DL 211 (que es bastante similar - aunque no idéntico- al ilícito de libre competencia establecido en el artículo 3, letra a), del DL 211⁵²). El artículo 62 sanciona al:

“[...] que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar

⁵⁰ https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia_Delacion_Compensada.pdf

⁵¹ DL 211, art. 3, letra d).

⁵² Las diferencias son: (i) que el artículo 62 especifica que el tipo de licitaciones que caen bajo la norma son las realizadas por empresas públicas, empresas privadas prestadoras de servicios públicos y por órganos públicos, y (ii) que el artículo 62 no se refiere a las prácticas concertadas.

o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos”⁵³.

Las sanciones para este delito pueden oscilar entre tres y diez años (presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo).

Las investigaciones penales por el delito de colusión se inician por querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica, la que solo puede ser interpuesta luego de que la existencia del acuerdo haya sido establecida previamente por una sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC (o la Corte Suprema, en su caso).

La decisión de querrellarse en contra de personas naturales condenadas por el delito de colusión corresponde al Fiscal Nacional Económico, quién deberá emitir una resolución fundada explicando por qué decidió no interponer la querrela, si así lo determinare⁵⁴.

Sin embargo, el Fiscal Nacional Económico se encuentra obligado interponer la acción criminal cuando se trate de *hechos que comprometiesen gravemente la libre competencia en los mercados*⁵⁵.

Los criterios y el análisis que la FNE considera para ponderar qué casos corresponden a cada escenario, son abordados en la Guía Interna para la Interposición de Querellas por el Delito de Colusión⁵⁶.

Además de la privación de libertad, la LDE establece una serie de penas accesorias consistentes en prohibiciones para: (i) ejercer cargos públicos; (ii) contratar con el Estado; (iii) ejercer cargos gerenciales, de dirección, o de ejecutivo principal, en cualquier sociedad sometida a la fiscalización de la Comisión Para el Mercado Financiero. Dichas inhabilidades pueden prolongarse entre tres y diez años, dependiendo de las circunstancias agravantes y atenuantes que procedan (ver arts. 30-39 del DL 211).

- (vii) **Tendencias:** La FNE ha sido tremendamente exitosa en los casos de colusión presentados al TDLC, obteniendo sentencias condenatorias ratificadas por la Corte Suprema en la gran mayoría de ellos. Por su parte, la delación compensada parece haberse estancado como mecanismo de persecución de carteles en los últimos años.

⁵³ DL 211, art. 62.

⁵⁴ Hasta la fecha de redacción de este documento, existe un caso en que el Fiscal Nacional Económico decidió no ejercer la acción penal por existir una serie de elementos que hacían del caso uno de menor gravedad (el acuerdo no era secreto, no existía conciencia de la ilicitud, etc. Ver: FNE, Resolución Exenta N°683 que “Emite Decisión Fundada del Inciso Tercero del Artículo 64 del Decreto Ley N°211 de 1973”, disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2023/12/Resolucion-Exenta-N.-683.pdf>.

⁵⁵ Artículo N° 64, inciso 2 del DL 211.

⁵⁶ Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/06/Gu%C3%ADa-de-Querellas-final-definitiva.pdf>

- (a) Otra tendencia relevante es que, el Fiscal Nacional Económico, en la celebración del día de la competencia 2023, anunció su disposición para perseguir casos de acuerdos anticompetitivos en materia de contratación laboral⁵⁷.
 - (b) Por último, cabe notar que, hasta la fecha de redacción de este documento, no se ha iniciado ningún procedimiento de persecución penal por el delito de colusión. Esto se explicaría por el hecho de que, desde la reforma legal que introdujo la penalización de esta conducta (Ley 20.945 del 2016), solo un caso ha llegado a un estado procesal en que puede ser perseguido penalmente (y respecto del cual el Fiscal Nacional Económico determinó no interponer querrela⁵⁸).
- (viii) **Situación particular de los acuerdos de cooperación:** A pesar de que el tenor literal del artículo 3 a) del DL 211 parece englobar dentro de los ilícitos *per se* algunos acuerdos de colaboración entre competidores, tanto el TDLC como la Corte Suprema han señalado que los mismos deben ser sujetos a un análisis que contraponga riesgos y eficiencias de acuerdo con el inciso primero del artículo 3 del DL 211⁵⁹.
- (a) Con todo, una falencia del sistema chileno es que no existe un mecanismo institucional eficaz y de aplicación general para que las partes de un acuerdo de colaboración soliciten voluntariamente su revisión *ex ante* con el objeto de obtener certeza jurídica respecto de su compatibilidad con la libre competencia⁶⁰. En efecto, el procedimiento no contencioso de Consulta antes descrito, que por su naturaleza podría servir para absolver este tipo de materias, adolece de una duración excesiva que ha desaconsejado su utilización para estos efectos⁶¹.
 - (b) Así, los únicos acuerdos de colaboración susceptibles de revisarse preventivamente, y de forma voluntaria, son aquellos que cumplen los requisitos para considerarse una operación de concentración, esto es, cuando dos o más empresas se asocian bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellos, que desempeñe sus funciones de forma permanente⁶².

⁵⁷ Ver: CentroCompetencia, “Día de la competencia FNE 2023: Mercados laborales”, Actualidad (diciembre 2023), disponible en: <https://centrocompetencia.com/dia-de-la-competencia-fne-2023-mercados-laborales/>.

⁵⁸ Ver Resolución Exenta N°683 del año 2023, ya referido en una nota al pie *supra*.

⁵⁹ Ver: Juan Pablo Iglesias, “Acuerdos de I+D, Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual: Una Propuesta de Puerto Seguro para Chile”, Diálogos CeCo (mayo 2023), pp. 48-49, disponible en: <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2023/05/Acuerdos-ID-Derecho-competencia-y-PI-Juan-Pablo-Iglesias-1.pdf>.

⁶⁰ Mario Ybar, “Hoja de ruta para la libre competencia en Chile: Una propuesta”, Diálogos CeCo (marzo 2022), pág. 27, disponible en: <https://centrocompetencia.com/dialogo-hoja-de-ruta-para-la-libre-competencia-en-chile-una-propuesta/>.

⁶¹ Según una investigación previa de CeCo, el promedio de días que toma al TDLC adoptar una decisión en materia no contenciosa es de 432: CentroCompetencia, “¿Cuánto tarda el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema en resolver asuntos de Libre Competencia? (2022)”, Investigaciones CeCo (julio 2022), pág. 6, disponible en: <https://centrocompetencia.com/cuanto-tarda-el-tribunal-de-defensa-de-la-libre-competencia-y-la-corte-suprema-en-resolver-asuntos-de-libre-competencia-2022/>.

⁶² Cabe mencionar, sin embargo, que con la dictación de la Ley 20.920 de Responsabilidad Extendida del Productor, se incluyó la posibilidad de que los productores de residuos que deban cumplir con la

6. Abuso de posición dominante y otras infracciones anticompetitivas

6.1 Abuso de posición dominante

- (i) Normativa aplicable: Según se señaló, la norma fundante de la libre competencia nacional es aquella contenida en el Artículo N°3 del DL 211. Según esta, “*cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado (...)*”⁶³.

Adicionalmente, el artículo es complementado con cuatro letras que proveen ejemplos de conductas anticompetitivas, dos de las cuales -las letras b) y c)- se refieren a conductas unilaterales: el abuso de posición dominante, por una parte, y las prácticas predatorias y de competencia desleal, por otra⁶⁴.

- (ii) Posición dominante: De acuerdo con el TDLC, una posición dominante implica la existencia de:

*“[Un] agente económico que tiene un poder de mercado sustantivo y que puede actuar con independencia de otros competidores, clientes y proveedores, porque no existe una presión competitiva eficaz que pueda ser ejercida contra él – esto es, un poder disciplinador por parte de los competidores actuales o potenciales o bien, de un eventual poder de contrapeso-, de modo que está en posición de fijar condiciones que no habrían podido ser obtenidas de no mediar la existencia de ese alto poder de mercado”*⁶⁵.

Complementando tal definición, y dado que el DL 211 tampoco define “posición dominante” ni brinda mayores lineamientos para su valoración, diferentes sentencias han establecido algunos elementos que pueden ser indicativos de su existencia, tales como:

obligaciones y metas de reciclaje, establecidos en esa misma ley, puedan hacerlo mediante un sistema de gestión colectivo. Dicho sistema, tiene que necesariamente ser manejado por una persona jurídica distinta, que no distribuya utilidades y a la cual deben estar asociados los productores (no es independiente). Además, tanto sus estatutos como las licitaciones para la gestión de sus residuos deben ser revisados previamente por el TDLC, mediante un procedimiento no contencioso (idéntico en su regulación al de la Consulta). En este sentido, la experiencia del TDLC y la FNE en el cumplimiento y tramitación de la Ley 20.920, podrían servir para el diseño de una eventual reforma que permita dar a los agentes del mercado certeza ante la suscripción de esta clase de acuerdos.

⁶³ DL 211, art. 3.

⁶⁴ DL 211, art. 3, letras b) y c):

“b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”

⁶⁵ Sentencia 174 (2020), “Banco BICE v. Banco Estado” c. 88, (https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Sentencia_174_2020.pdf) y, en el mismo sentido, Sentencia N° 176 (2021), “Sindicato de Trabajadores Independientes Chile Taxi v. Maxi Mobility Chile II SpA. y otros”, c. 76 (https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Sentencia_176_2021.pdf).

- (a) El número de empresas y la concentración en el mercado relevante⁶⁶;
- (b) La cuota de mercado de una empresa⁶⁷;
- (c) La presencia de barreras a la entrada y a la expansión⁶⁸;
- (d) El tamaño de los competidores⁶⁹;
- (e) Si un producto tiene sustitutos⁷⁰;
- (f) La estructura de costos de una empresa⁷¹;
- (g) La importancia de la innovación⁷²;
- (h) La diferenciación de los productos⁷³;
- (i) La contestabilidad del mercado⁷⁴;
- (j) La presencia de un insumo o instalación esencial⁷⁵; etc.

En cuanto al sujeto activo de una posición de dominio, el artículo 3 del DL 211 considera tanto la existencia de posiciones dominantes individuales como colectivas.

⁶⁶ Sentencias N^{os}: 7 (2004), “FNE v. Lechera del Sur, y otras”, c. 46; y 9 (2004), “Consulta AGIP sobre conducta de Supermercados Líder” (https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Sentencia_09_2004.pdf), C. 16; “Voissnet S.A. v. Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.”, c. 43.

⁶⁷ Sentencia N^{os}: 31 (2005) “FNE v. Rendic Hnos. S.A.” (https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Sentencia_31_2005.pdf), C°12; y 26 (2005), “Philip Morris v. Chiletabacos”, C°10 y 11 (https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Sentencia_26_2005.pdf).

⁶⁸ Sentencias N^{os}: 26 (2005), TDLC, C°15; 39 (2006), “Quimel S.A. v. James Hardie Fibrocementos Ltda”, C°6; 55 (2007), “FNE v. LAN”, C°33; y 176 (2021), “Sindicato de Trabajadores Independientes Chile Taxi v. Maxi Mobility Chile II SpA”, C°98.

⁶⁹ Sentencias N^{os}: 103 (2010), “Comercial Arauco Ltda. v. D&S y otro”, C°24; 110 (2011), “Sociedad Will S.A. v. Claro Chile S.A.”, C°18.

⁷⁰ Sentencias N^{os}: 97 (2010), “Voissnet S.A. v. Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.”, C°33-35; y 100 (2010), Nutripro S.A. v. PTLA y el Fisco”, C°29.

⁷¹ Sentencias N^{os}: 78 (2008), “GPS Chile S.A. v. Entel PCS S.A.”, C°16; 99 (2010), Comasa v. Capel, C°23.

⁷² Sentencia N°161 (2018), “TVI v. VTR”, C°37.

⁷³ Sentencias N^{os}: 80 (2009), “Reebok Chile S.A. v. Reebok International Limited y otro”, C°45-48; 154 (2016), “Conadecus v. Telefónica Móviles Chile S.A. y otros”, C°47.

⁷⁴ Sentencias N^{os}: 29 (2005), “FNE v. Transbank”, C°30-32; 55 (2007) “FNE v. Lan Airlines S.A. and Lan Chile Cargo S.A.”, C°33; 97 (2010), “Voissnet S.A. v. Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.”, C°44; 78 (2008), “GPS Chile S.A. v. Entel PCS S.A.”, C°25; 103 (2010), “Comercial Arauco Ltda. v. D&S y otro”, C°34; y 161 (2018), “TVI v. VTR”, C°37.

⁷⁵ Sentencias N^{os}: 47(2006), “FNE v. Sociedad Punta de Lobos S.A.”, C°60; 104 (2010), “FNE v. Telefónica Móviles de Chile S.A. y otros”, C°19; 124 (2012) “FNE v. Cámara de Comercio de Santiago A.G.”, C°30; y 129 (2013), “AFEX y otro v. Banco de Chile”, C°9-11.

(iii) Conductas abusivas: Se pueden clasificar en:

- (a) Exclusorias: Constituyen la mayoría de los casos de abusos de posición dominante conocidos y fallados por el TDLC. Se incluyen dentro de éstos, entre otras, la negativa de venta, estrangulamiento de márgenes, precios predatorios, venta atada, empaquetamiento, los contratos de exclusividad y los descuentos condicionales.

Respecto de las “prácticas predatorias”, el artículo 3 letra c) solamente exige que estas sean realizadas “*con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante*”, por lo que no es un requisito *sine qua non* que sean realizadas por empresas que detenten una posición dominante en forma previa a la ejecución de la conducta⁷⁶.

- (b) Explotativas: Si bien la jurisprudencia del TDLC ha oscilado, la posición mayoritaria actual es que, en casos extremos, los actos explotativos pueden ser sancionados en sede de libre competencia.

El test de abuso explotativo ha sido desarrollado a propósito de los precios excesivos, y se divide en dos etapas: (a) determinar si el demandado tiene una posición dominante que no es el resultado de inversiones o innovaciones pasadas, y si existen barreras de entrada altas y no transitorias; y (b) determinar si los precios cobrados son extremadamente altos en comparación con determinados *benchmarks* (o “umbrales”) que sirven como puntos de referencia⁷⁷⁻⁷⁸.

Jurisprudencia reciente del TDLC ha aclarado también que las barreras a la entrada deben ser mayores que las que comúnmente se exigen para los casos de abusos de posición dominante exclusorios, por lo que en los casos de abusos explotativos se debería detentar una posición de “supra dominancia”⁷⁹. Asimismo, otras sentencias del TDLC, abrirían la puerta a la sanción de conductas discriminatorias con efectos explotativos por parte de agentes con posición dominante⁸⁰.

⁷⁶ Esto es una anomalía del DL 211 que, en vez de considerar el precio predatorio como un abuso de posición dominante, tratado en el artículo 3º, letra b), lo equipara con la competencia desleal en el marco de la letra c) del mismo artículo.

⁷⁷ Sentencia N° 140 (2014), “Condominio Campomar v. Inmobiliaria Santa Rosa de Tunquén Ltda.”, C°16-18 (https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Sentencia_140_2014.pdf). Se trató de una decisión 3-2 en que la posición minoritaria rechazó la posibilidad de que la institucionalidad de libre competencia resulte apta para sancionar precios excesivos.

⁷⁸ Sobre los *benchmarks* ver: Eduardo Saavedra y Javier Tapia, “El control de los precios excesivos en el derecho de la libre competencia: análisis y propuesta”, Revista Estudios Públicos, Vol. 153 (verano 2019), pp. 95-140, disponible en <https://www.estudiospublicos.cl/index.php/cep/article/view/34/39>; y Sebastián Cañas, “Explotación de datos personales como precio excesivo: Una revisión del caso Bundeskartellamt c. Facebook”, Investigaciones CeCo (octubre 2023), disponible en <https://centrocompetencia.com/explotacion-de-datos-personales-como-precio-excesivo-una-revision-del-caso-bundeskartellamt-c-facebook/>.

⁷⁹ Sentencia N° 181 (2022), “Redtec v. Walmart”, C°60 (https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/06/Sentencia_181_2022.pdf).

⁸⁰ Sentencia N° 186 (2023), “FNE v. BCI”, C°189 (<https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2023/11/Sentencia-TDLC-FNE-v.-BCI.pdf>); y Resolución N°78 (2023), “Consulta de

- (c) Régimen semi-especial: Existe un tercer grupo de conductas sancionadas por el TDLC sin sujetarse a los *tests* exclusorios usualmente empleados a nivel comparado, ni al test explotativo por él mismo definido. En efecto, respecto de un pequeño grupo de empresas supra dominantes, el TDLC o la Corte Suprema han establecido la obligación de no discriminar o, incluso, de ajustar sus tarifas a costos⁸¹.
- (iv) Tendencias: La mayor parte de los juicios por abuso de posición dominante han sido iniciados por actores privados, y no por la FNE, la que no se ha caracterizado por un actuar muy intenso en este ámbito. Adicionalmente, la mayor parte de las sentencias existentes en la materia son absolutorias, lo que ha impedido el desarrollo de una jurisprudencia sólida en la materia.

6.2 Restricciones verticales

- (i) Normativa aplicable: El artículo 3 del DL 211 no considera las restricciones verticales como conductas susceptibles de ser contrarias a la libre competencia dentro de los ejemplos que menciona. Sin embargo, resulta pacífico el entendimiento de que éstas sí pueden ser conocidas y juzgadas de conformidad con la regla general, establecida en el inciso primero de dicho artículo.

Adicionalmente, la FNE emitió una Guía de Restricciones Verticales que, si bien no resulta vinculante para el TDLC ni la Corte Suprema, constituye un relevante elemento de análisis⁸².

- (ii) Regla de *minimis* y excepciones: De acuerdo con la Guía sobre Restricciones Verticales, la FNE conducirá el análisis de estas analizando sus efectos y no su forma. En este sentido, evaluará:
 - (a) Las participaciones de mercado de las partes;
 - (b) Los riesgos asociados a la restricción vertical; y,
 - (c) Las eficiencias asociadas a la restricción vertical.

La FNE establece una regla de *minimis*, de acuerdo con la cual, en principio, si ambas partes involucradas en una restricción vertical exhiben una participación de mercado inferior al 35%, no abrirá investigación⁸³.

Socofar sobre condiciones de comercialización de laboratorios farmacéuticos”, párr. 72 (https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2023/07/Resolucion_N%C2%B078_2023.pdf).

⁸¹ Sentencias N^{os}: 76 (2008), “GTD Teleductos S.A. v. EFE” (https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Sentencia_76_2008.pdf); 85 (2009), “Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. v. Aguas Nuevo Sur Maule S.A.” (https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Sentencia_85_2009.pdf); y Corte Suprema (2019), Caso N° 24.828-2018, “Consulta de Cruz Verde sobre sistema tarifario de Transbank” (https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Resolucion_53_2018.pdf).

⁸² Ver documento de 2014 en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Gu%C3%ADa-Restricciones-Verticales-1.pdf>.

⁸³ Guía de Restricciones Verticales, p. 7-8. Este umbral no constituye un “*safe harbor*” absoluto, toda vez que no aplicará si restricciones verticales acordadas por partes cuya participación no excede del 35%

- (iii) Tendencias: La FNE no ha demandado restricciones a la competencia provenientes de acuerdos verticales, ni existen sentencias condenatorias sobre la materia. Ello, sin perjuicio de que muchos acuerdos verticales han sido conocidos y/o sancionados respecto de la parte que impone la restricción como un abuso de posición dominante⁸⁴.

6.3 Competencia desleal

- (i) Normativa aplicable: El artículo 3° de la Ley de Competencia Desleal prescribe que “*es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado*”.

En Chile, la competencia desleal es generalmente sancionada en sede civil (ante tribunales ordinarios), pero cuando el acto de competencia desleal resulta apto para permitir a su ejecutor alcanzar o mantener una posición dominante, se puede sancionar por el DL 211⁸⁵ (ante el TDLC).

Al respecto, la letra c) del artículo 3°, dispone que se considerarán, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, “*las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante*”.

- (ii) Clasificación (tipos de conductas): Existe jurisprudencia del TDLC respecto de determinadas conductas constitutivas de competencia desleal⁸⁶:

producen un efecto acumulativo en el mercado, o en otros casos determinados por la FNE (tales como la fijación de precios de reventa). *Ibid.*

⁸⁴ Sentencias N°26 (2005), “Philip Morris v. Chiletabacos”, C°23; 90 (2009), “FNE v. Cía. Chilena de Fósforos S.A.”, C°99 (https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Sentencia_90_2009.pdf).

⁸⁵ Ver: Sentencia N°176 (2021), “Sindicato de Trabajadores Independientes Chile Taxi v. Maxi Mobility Chile II SpA. y otros”, C°32.

⁸⁶ Según el TDLC la definición legal del concepto de competencia desleal, contenida en la Ley 20.169, permite interpretar la disposición del artículo 3 letra c) del DL 211, con la única diferencia de que además se exige acreditar un interés público comprometido (libre competencia). Al respecto ver sentencia N°: 164 (2018), “Morales v. Trefimet”, C°6 (https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Sentencia_164_2018.pdf).

En este sentido, el artículo 4° de la Ley de Competencia Desleal proporciona ejemplos de actos constitutivos de esta conducta:

“a) Toda conducta que aproveche indebidamente la reputación ajena, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de un tercero.

b) El uso de signos o la difusión de hechos o aseveraciones, incorrectos o falsos, que induzcan a error sobre la naturaleza, proveniencia, componentes, características, precio, modo de producción, marca, idoneidad para los fines que pretende satisfacer, calidad o cantidad y, en general, sobre las ventajas realmente proporcionadas por los bienes o servicios ofrecidos, propios o ajenos.

c) Todas las informaciones o aseveraciones incorrectas o falsas sobre los bienes, servicios, actividades, signos distintivos, establecimientos o relaciones comerciales de un tercero, que sean susceptibles de menoscabar su reputación en el mercado. Son también ilícitas las expresiones dirigidas a desacreditarlos o ridiculizarlos sin referencia objetiva.

- (a) Abuso de derecho: El TDLC ha establecido ciertos elementos para identificar cuándo el ejercicio de acciones judiciales y administrativas puede convertirse en un litigio simulado⁸⁷, tales son:
- El demandado debe haber interpuesto las acciones;
 - Estas deben perseguir, en forma inequívoca, restringir o dificultar la entrada de competidores al mercado;
 - En caso de que el demandado haya ejercido dos o más acciones, éstas deben ser contradictorias; y,
 - Las actuaciones deben haber impedido o retrasado la entrada de competidores, o tendido a producir tales efectos.

Dichos criterios han sido aplicados por el TDLC para absolver y condenar a los acusados de abuso de derecho⁸⁸.

d) Las manifestaciones agraviantes que versen sobre la nacionalidad, las creencias, ideologías, vida privada o cualquier otra circunstancia personal del tercero afectado y que no tenga relación directa con la calidad del bien o servicio prestado.

e) Toda comparación de los bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable, o, cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de esta ley.

f) Toda conducta que persiga inducir a proveedores, clientes u otros contratantes a infringir los deberes contractuales contraídos con un competidor.

g) El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado.

h) La imposición por parte de una empresa a un proveedor, de condiciones de contratación para sí, basadas en aquellas ofrecidas por ese mismo proveedor a empresas competidoras de la primera, para efectos de obtener mejores condiciones que éstas; o, la imposición a un proveedor de condiciones de contratación con empresas competidoras de la empresa en cuestión, basadas en aquellas ofrecidas a ésta. A modo de ejemplo, se incluirá bajo esta figura la presión verbal o escrita, que ejerza una empresa a un proveedor de menor tamaño cuyos ingresos dependen significativamente de las compras de aquélla, para obtener un descuento calculado a partir del precio pactado por ese mismo proveedor con algún competidor de la primera empresa.

i) El establecimiento o aplicación de cláusulas contractuales o conductas abusivas en desmedro de los proveedores, el incumplimiento sistemático de deberes contractuales contraídos con ellos o de los plazos dispuestos en la ley N° 19.983 para el cumplimiento de la obligación de pago del saldo insoluto contenido en la factura.”

⁸⁷ Sentencia N° 125 (2012), “Laboratorio Recalcine S.A. v. Roche Chile Ltda.”, c. 22 (https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Sentencia_125_2012.pdf). La FNE, por su parte, ha cerrado investigaciones sobre la materia fundada en el incumplimiento de dichos requisitos. Ver considerandos 28-30, del informe de archivo de la FNE, del año 2014, en relación con “denuncia de asociación gremial en contra del Colbún por potenciales conductas anticompetitivas”.

⁸⁸ Ver, por ejemplo, sentencias N° 46 (2006), “Recalcine S.A. v. Novartis S.A. y 47 (2006), “FNE v. Sociedad Punta de Lobos S.A.” (https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Sentencia_47_2006.pdf).

- (b) Aprovechamiento indebido de la reputación ajena: La imitación de signos distintivos, como las marcas, o logos, podría constituir una práctica anticompetitiva si resulta apta para alcanzar o mantener una posición dominante⁸⁹.
 - (c) Actos de desprestigio: El envío de cartas o la realización de comunicaciones verbales o campañas publicitarias destinadas a desprestigiar un producto o servicio de un competidor pueden infringir el DL 211, si es que las mismas resultan aptas para alcanzar o mantener una posición dominante.
 - (d) Publicidad engañosa: La publicidad falsa relativa a las características de un determinado producto o servicio que permita provocar la compra por error de un producto que, en ausencia de dicha publicidad, no se habría comprado, podría eventualmente resultar apta para alcanzar o mantener una posición dominante en el mercado⁹⁰.
- (iii) Tendencias: La jurisprudencia reciente del TDLC y la Corte Suprema, en materia de competencia desleal, apuntan al hecho de que, cuando la competencia desleal se funda en la existencia de actos “ilegales” cuyo conocimiento sea competencia de autoridades distintas del TDLC, se requiere prejudicialidad⁹¹.

6.4 Interlocking

- (i) Normativa aplicable: La Ley 20.945 tipificó esta conducta como una infracción a la libre Competencia al añadir una nueva letra (la “d”), al artículo 3° del DL 211. Esta norma, prohíbe:

“La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario”.

- (ii) Tratamiento administrativo/jurisprudencial: La FNE ha presentado dos requerimientos en contra de distintas empresas y personas naturales vinculadas al mercado financiero⁹², por presuntas infracciones a dicha normativa. A la fecha de redacción de este documento, ambos casos se encuentran pendientes de resolución, sin perjuicio de que fueron conciliados parcialmente respecto de algunos de los requeridos.

De los requerimientos de la FNE se colige que, para la autoridad, se trata de una infracción *per se*, que no requiere prueba de efecto, merecedora de importantes

⁸⁹ Sentencia N° 24-2005, “Laboratorio Knop Ltda., en contra de Farmacias Ahumanda S.A. y otros.”, c. 9 (https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Sentencia_24_2005.pdf).

⁹⁰ Sentencia N° 58-2007, “Ricardo Rodríguez y Cía Ltda. v. Epson Chile S.A.”, c. 21 (https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Sentencia_58_2007.pdf), y Sentencia N° 103 (2010), “Comercial Arauco Ltda. v. D&S” (https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Sentencia_103_2010.pdf).

⁹¹ Sentencia N° 176 (2021), “Sindicato de Trabajadores Independientes Chile Taxi v. Maxi Mobility Chile II SpA. y otros”, C°32.

⁹² Ver causas: C-437-2021 Requerimiento FNE contra Juan José Hurtado Vicuña y otros y C-436-2021 D Requerimiento de la FNE en contra de Hernán A. Büchi Buc y otros.

reproches -lo que se acredita por la importante multa solicitada-, y que no cubre únicamente la hipótesis de *interlocking* directo, en que un mismo ejecutivo desarrolla funciones relevantes en dos empresas competidoras, sino que además, hipótesis de *interlocking* indirecto (del tipo “matriz-filial”) en que se ejercen funciones en la matriz de la empresa que compite con otra donde también se desarrollan funciones ejecutivas.

Estos criterios, sin embargo, aún no han sido objeto de pronunciamiento por parte del TDLC, o la Corte Suprema.

6.5 Actos de autoridad

- (i) Normativa aplicable, soft law y leyes especiales: El inciso 1 del artículo 3 del DL 211 es “neutro” respecto de quiénes pueden infringir la libre competencia (“*El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención [...]*”). De esta forma, la norma chilena no exime a órgano alguno -público o privado, y cualquiera sea su estructura societaria- del cumplimiento del DL 211, ni establece excepciones sectoriales a su aplicación.

Consistentemente, tanto la FNE como privados han accionado en contra del Estado en esta sede, existiendo incluso condenas en la materia. Adicionalmente, la FNE ha desarrollado dos Guías que tienen como destinatario al sector público: “Sector Público y Libre Competencia”⁹³ y “Guía para la Elaboración de Licitación Pública de Terminales Terrestres Interurbanos”⁹⁴.

Además, el artículo 4° del DL 211 establece que “*No podrán otorgarse concesiones, autorizaciones, ni actos que impliquen conceder monopolios para el ejercicio de actividades económicas, salvo que la ley lo autorice*”.

- (ii) Clasificación (tipos de conductas): De acuerdo con la Guía “Sector Público y Libre Competencia”, los órganos del Estado pueden infringir la libre competencia de dos maneras: (i) por medio del desarrollo directo de actividades de naturaleza económica, esto es, como comprador o proveedor de bienes y servicios; o (ii) mediante el ejercicio de sus facultades discrecionales al establecer el marco jurídico e institucional en que los mercados operan.

7. Operaciones de concentración

7.1 Normativa aplicable y soft law

La Ley N°20.945 estableció, en la nueva sección IV del DL 211, el sistema de control previo de operaciones de concentración, cuya vigencia se inició en junio de 2017.

La regulación legal ha sido complementada por distintas resoluciones y guías emanadas de la FNE y otras autoridades, entre las que destacan:

⁹³ Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Guia-final-sector-publico.pdf>.

⁹⁴ Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/06/Guia-para-la-elaboracion-de-bases-Terminales-Consulta-Publica.pdf>.

- (i) La Resolución Exenta N°157 (2019), que establece los umbrales de notificación de las concentraciones⁹⁵;
- (ii) El Reglamento sobre operaciones de concentración de dos de noviembre de 2021, que establece la información que debe acompañarse a la notificación⁹⁶;
- (iii) Los formularios ordinarios y simplificados de notificación, que aclaran e interpretan el Reglamento referido⁹⁷;
- (iv) La Guía de Competencia, de junio de 2017, de la FNE, que explica los criterios jurisdiccionales de análisis⁹⁸;
- (v) La Guía de Remedios de la FNE, que proporciona la mirada de la FNE respecto de las medidas de mitigación que le son ofrecidas⁹⁹;
- (vi) La Guía de Interpretación de Umbrales de 2019, que describe la forma de contabilizar las ventas a efecto de determinar si los umbrales de notificación son alcanzados¹⁰⁰;
- (vii) El Instructivo sobre pre-notificaciones de operaciones de concentración¹⁰¹; y
- (viii) La Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración, de mayo de 2022, que establece la mirada sustantiva con que la FNE analizará las operaciones de concentración que le sean notificadas¹⁰².

7.2 Autoridades

La autoridad a cargo del sistema de control de concentraciones es la FNE. Ella recibe las notificaciones, investiga y finalmente decide si aprobar las mismas de manera pura y simple, sujeto a las condiciones de mitigación ofrecidas por las partes, o rechazar las mismas. El TDLC y la Corte Suprema pueden intervenir únicamente en caso de que las partes de la operación eleven un *recurso de revisión especial* en contra de la decisión de la FNE que prohíbe la operación.

⁹⁵ Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/03/Resoluci%C3%B3n-exenta-157.pdf>.

⁹⁶ Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/11/Reglamento-N%C2%B041-D.O.-02.11.2021.pdf>.

⁹⁷ Disponibles en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/11/Formulario-de-Notificacion-02.11.2021.pdf>.

⁹⁸ Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-competencia-.pdf>.

⁹⁹ Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-remedios-.pdf>.

¹⁰⁰ Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/08/Guia_Umbrales-08.2019.pdf.

¹⁰¹ Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/05/20210416.-Instructivo-Pre-Notificacion-rev-CI-30.04.pdf>.

¹⁰² Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/05/Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-mayo-VF.pdf>.

7.3 Operaciones de concentración notificables

Constituye una operación de concentración notificable a la FNE todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga efectos en Chile, y en virtud del cual “dos o más agentes económicos que no formen parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades mediante alguna de las siguientes vías” (art. 47°).

Tabla Nº 1

Hipótesis de operaciones de concentración cubiertas por el DL 211

Tipo operación	Comentario
Fusionándose, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión	
Adquiriendo, uno o más de ellos, directa o indirectamente, derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro	<p>La influencia decisiva es un concepto propio de libre competencia, distinto de su acepción en derecho de valores. Se refiere no sólo al control activo, sino también a hipótesis de control pasivo, mediante derechos relevantes de veto.</p> <p>En ese sentido, además, resultan notificables los cambios de control individual a conjunto y viceversa, así como el cambio de co-controlador pasivo.</p>
Asociándose bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellos, que desempeñe sus funciones de forma permanente	<p>La independencia aquí referida no se refiere únicamente a la independencia jurídica (que se trate de una persona jurídica distinta de las asociadas), sino también a la económica, esto es, que sea capaz de desarrollar las funciones que normalmente desarrollan las empresas presentes en su mercado de manera autónoma a sus constituyentes</p>
Adquiriendo, uno o más de ellos, el control sobre los activos de otro a cualquier título” ¹⁰³	<p>Asociándose bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellos, que desempeñe sus funciones de forma permanente</p>

Las operaciones que no impliquen un cese de independencia entre dos agentes económicos previamente independientes (por ejemplo, reestructuraciones dentro de un mismo grupo empresarial), que no produzcan efecto en Chile, o que no se materialicen mediante alguna de las cuatro vías descritas no deben ni pueden ser notificadas a la FNE, ni conocidas por ésta en el marco del sistema de control preventivo de operaciones de concentración.

¹⁰³ DL 211, art. 47.

7.4 Umbrales de notificación obligatoria

Una operación de concentración debe ser obligatoriamente notificada a la FNE de manera previa a su materialización, cuando se cumple el doble umbral previsto en el artículo 48 del DL 211, y fijado por la propia FNE¹⁰⁴:

- (i) **Umbral conjunto:** La suma del valor de ventas anuales en Chile, del agente económico adquirente y su grupo económico, así como del agente económico adquirido y de los agentes sobre los cuales este ejerza control, correspondiente al ejercicio fiscal anterior al de la operación, debe ser igual o mayor a 2.500.000 Unidades de Fomento (aproximadamente US\$ 110 millones, el 2023); y,
- (ii) **Umbral individual:** El valor de ventas anuales en Chile de al menos dos de las empresas involucradas en la operación correspondiente al ejercicio fiscal anterior al de la operación, debe ser igual o mayor a 450.000 Unidades de Fomento (aproximadamente US\$ 20 millones, el 2023).

7.5 Notificación voluntaria e investigación de oficio

Las operaciones de concentración que, cumpliendo los requisitos previstos en las letras a) y b) del art. 48 del DL 211, no alcancen los umbrales de notificación referidos en dicha sección, pueden igualmente ser voluntariamente notificados a la FNE, debiendo ésta sujetar su análisis al mismo procedimiento de las notificaciones obligatorias.

Por otra parte, la FNE podrá, dentro del plazo de un año contado desde su perfeccionamiento, investigar de oficio aquellas operaciones que, cumpliendo los requisitos mencionados, no alcancen los umbrales de notificación, aunque en este caso dicha investigación se sujetará a las reglas generales (investigación por la FNE, y decisión del TLDC) y no al procedimiento previsto en el nuevo Título IV.

7.6 Pre-notificación

La FNE permite y promueve que, antes de notificar una operación de concentración, las partes contacten a la División de Fusiones con el fin de plantear consultas previas a la notificación. Mediante dicho mecanismo pueden discutirse materias tales como:

- (i) Si la transacción puede o no ser calificada jurídicamente como operación de concentración, conforme al artículo 47 del DL 211;
- (ii) La existencia de intención real y seria de las Partes de celebrar una operación de concentración;
- (iii) Cuál será la vía que se usaría para perfeccionar la operación de concentración, en relación con el artículo 47 del DL 211;
- (iv) Cuál sería el momento de perfeccionamiento de una operación de concentración;

¹⁰⁴ La última fijación de umbrales la efectuó la FNE mediante la Resolución Exenta N° 157, de 2019. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/03/Resoluci%C3%B3n-exenta-157.pdf>

- (v) La existencia o inexistencia de transacciones interrelacionadas y/o sucesivas;
- (vi) El vínculo geográfico de la operación de concentración con Chile;
- (vii) Los criterios para sumar las ventas a efectos del cálculo de los umbrales en relación al artículo 48 del DL 211;
- (viii) La existencia o inexistencia de traslapes de producto y geográficos;
- (ix) Dificultades en la definición de los mercados relevantes; y
- (x) Alcance y tipo de información que debe acompañarse conforme al Reglamento sobre la Notificación de una Operación de Concentración.

7.7 Procedimiento y tiempos

Dependiendo de si existen traslapes horizontales o verticales, y de la magnitud de estos, o de si existen relaciones de control conjunto previas a la adquisición de control individual por parte de la entidad adquirente, la operación deberá notificarse de conformidad con el formulario simplificado u ordinario de notificación¹⁰⁵.

El procedimiento ordinario de notificación involucra una mayor cantidad de información requerida que en el caso de los procedimientos simplificados. En cuanto a los tiempos, estos dependerán, principalmente, de los riesgos identificados por el FNE en sus análisis, y las consecuentes fases de revisión. Estas fases son las siguientes:

- (i) **Fase I:** Desde la notificación, la FNE cuenta con 10 días hábiles (es decir, que no sean, sábados, domingos o festivos) para determinar si se trata de una notificación completa. En caso de que lo sea, la FNE debe ordenar el inicio de la investigación y comunicar la resolución al notificante. En caso de no sea completa, debe comunicar dicha situación a las partes notificantes dentro del plazo de 10 días referido.

Presentada una nueva notificación, la FNE contará nuevamente con 10 días hábiles para declarar si la presentación está completa o no. Ni el DL 211 ni guía alguna establecen un número máximo de ocasiones en que la FNE puede declarar incompleta la presentación.

Iniciada la investigación, comienza a tramitarse la Fase 1, que tiene una duración máxima de 30 días hábiles. Durante esta, el expediente de investigación tiene el carácter de confidencial, de modo que ni las partes ni los terceros pueden acceder al mismo.

Durante la investigación, la FNE podrá utilizar todas las atribuciones que le confiere el artículo 39° del DL 211 para la investigación de conductas, con excepción de aquellas que son exclusivas para casos de colusión. Dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se haya iniciado la investigación, la FNE debe: (i) aprobarla pura y simplemente (sin condiciones), si llega a la convicción de que no resulta apta para “*reducir sustancialmente la competencia*”; (ii) aprobarla, bajo la condición de que se cumplan las medidas ofrecidas por el notificante, si llega a la convicción de que con tales

¹⁰⁵ Estas hipótesis se señalan en el artículo 4° del Reglamento Sobre Notificación de una Operación de Concentración, y son profundizadas en el “Formulario de Notificación de Operaciones de Concentración” de la FNE.

medidas, no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia, o (iii) extender la investigación hasta por un máximo de noventa días adicionales (“Fase II”), cuando estime que, de perfeccionarse en forma pura y simple o sujeta a las medidas ofrecidas por el notificante, en su caso, puede reducir sustancialmente la competencia. En la Fase I, el procedimiento puede suspenderse por una vez, de común acuerdo entre la FNE y las partes, hasta por treinta días hábiles. Asimismo, se suspende por 10 días hábiles adicionales, cada vez que las notificantes ofrezcan medidas de mitigación. Según las estadísticas de la FNE, para el año 2022, la duración promedio de los procedimientos finalizados en la Fase I con aprobación incondicional fue de 31 días hábiles, mientras que los procedimientos finalizados en esta misma fase sujetos a remedio duraron, en promedio, 85 días hábiles¹⁰⁶.

Nótese que dichos plazos no consideran el tiempo que transcurre entre que se realiza la presentación y el momento en que la FNE la declara completa, el cual, según un estudio de CeCo, dura en promedio 32 días naturales¹⁰⁷.

- (ii) **Fase II:** Si la FNE decide extender la investigación a Fase II, debe dictar una resolución al efecto y acompañarla a las autoridades directamente concernidas y a los agentes económicos que puedan tener interés en la operación. Estos, así como cualquier tercero interesado en la fusión, pueden aportar antecedentes a la FNE dentro de veinte días.

Durante la Fase II el expediente es público, sin perjuicio de que el Fiscal Nacional Económico puede disponer -de oficio o a petición del interesado- la reserva o confidencialidad de ciertas piezas del mismo, en los términos de la letra a) del artículo 39.

7.8 Recursos

La resolución que prohíbe una operación puede ser impugnada por el notificante ante el TDLC, dentro del plazo de 10 días contados desde su notificación. Dicho mecanismo se llama “Recurso de Revisión Especial”. La decisión aprobatoria no es impugnable.

7.9 Incumplimiento obligación de notificar o “*Gun Jumping*”, y otras conductas

Como ya se adelantó, el artículo 3 bis contempla una serie de hipótesis de incumplimiento del deber de notificar, en forma previa, una operación de concentración que cumpla con los umbrales ya descritos (“*Gun Jumping*”). Dicho artículo señala que se pueden aplicar las medidas del artículo 26 del DL 211 “así como aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias”, a quienes: (i) infrinjan el deber de notificación de una operación de concentración; y (ii) contravengan el deber de no perfeccionar una operación de concentración notificada a la FNE.

Además, el mismo artículo sanciona a quienes (i) incumplan las medidas con que se haya aprobado una operación de concentración; (ii) perfeccionen una operación de concentración en

¹⁰⁶ Ver: FNE [sitio web oficial], Fusiones, Estadísticas, disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2023/01/Estadisticas-Division-Fusiones-Ano-2022.pdf>.

¹⁰⁷ CentroCompetencia, “¿Cuánto tardan las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica en materia de fusiones? (2022)”, Investigaciones CeCo (julio 2022), disponible en: <https://centrocompetencia.com/cuanto-tarda-fne-fusiones-2022/>.

contra de lo dispuesto en la resolución o sentencia que haya prohibido dicha operación; y, (iii) notifiquen una operación de concentración entregando información falsa.

Adicionalmente, en el caso del incumplimiento de la obligación de notificar una operación de concentración, el TDLC podrá aplicar una multa a beneficio fiscal de hasta veinte unidades tributarias anuales por cada día de retardo contado desde el perfeccionamiento de la operación de concentración.

7.10 Test sustantivo en cada tipo de operación

El estándar de análisis de concentraciones consagrado en la norma es el de “*reducción sustancial de la competencia*”. Dicha reducción de la competencia puede producirse como consecuencia de riesgos unilaterales y riesgos coordinados.

La entidad de los primeros dependerá de las condiciones de entrada, así como del grado de concentración de la industria y participación de las partes en mercado homogéneos, mientras que en mercados heterogéneos se considerará, además, el grado de cercanía competitiva entre las partes. Por otra parte, la FNE, en su Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, ha señalado que, habitualmente, las Operaciones que afectan a mercados cuyos índices de concentración no sobrepasan un determinado umbral de concentración¹⁰⁸ tienen un escaso potencial para reducir sustancialmente la competencia¹⁰⁹.

7.11 Medidas de mitigación

De acuerdo con el artículo 53° del DL 211, las partes tienen siempre derecho a ofrecer a la FNE las medidas que estimen aptas para mitigar los riesgos que la operación pueda producir para la

¹⁰⁸ Ello ocurrirá cuando el índice de concentración sea: a) inferior a IHH 1.500; b) Superior a un IHH de 1500 e inferior a un IHH de 2500, con una variación proyectada del IHH menor a 200; y c) Superior a un IHH de 2500 (índice expresivo de un mercado altamente concentrado), con una variación proyectada del IHH menor a 100. FNE, “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales”, parr. 35.

¹⁰⁹ Con las siguientes excepciones:

- a) Cuando una de las partes involucradas en la Operación sea un competidor potencial, o un entrante reciente, con una cuota de mercado pequeña que no necesariamente refleje la participación que podría razonablemente alcanzar en un futuro cercano;
- b) Cuando una de las partes involucradas en la Operación sea un innovador importante o un competidor especialmente vigoroso e independiente (un agente económico *maverick*) en un sentido que no se refleje en sus cuotas de mercado;
- c) Cuando las partes que se concentran sean competidores cercanos;
- d) Cuando existan vínculos relevantes entre los actores del mercado respectivo, ya sea estructurales (ej. participaciones minoritarias) o contractuales (ej. acuerdos de cooperación, de colaboración o suministro, acuerdos de financiamiento, etc.), que puedan reducir su independencia y/o autonomía competitiva;
- e) Cuando el mercado refleje estructura tendiente a la coordinación, o hayan existido indicios de coordinación en el pasado reciente;
- f) Cuando existan reparos relevantes de consumidores en relación con los efectos de la Operación, o bien aprensiones del mismo tenor sobre las dinámicas competitivas del mercado o industria respectiva;
- g) Cuando en Operaciones similares en Chile o a nivel comparado se haya concluido la existencia de riesgos para la competencia por la autoridad correspondiente; y/o
- h) Cuando exista evidencia o cualquier otro indicio de posibles riesgos competitivos con ocasión de la Operación. Ídem, párrafo 36.

libre competencia. La FNE, por su parte, debe limitarse a aceptarlas o no, como suficientes, sin estar autorizada para imponer medidas unilateralmente.

Por otra parte, la Guía de Remedios establece que las medidas de mitigación deben: (i) ser efectivas (o "idóneas") para impedir que la operación de concentración modificada a través de ellas resulte apta para reducir sustancialmente la competencia; (ii) ser factibles de implementar, ejecutar y monitorear; y, (iii) ser proporcionales al problema de competencia detectado.

En cuanto a la efectividad de las medidas de mitigación, la FNE ha señalado una preferencia por las medidas de tipo estructural, al señalar que:

*"Por lo general, la FNE exigirá que tratándose de operaciones de concentración horizontal las medidas de mitigación propuestas por las partes impliquen la desinversión de activos a un comprador adecuado. Ello no obsta a que se adopten otros remedios como complemento a las medidas de desinversión"*¹¹⁰.

7.12 Participaciones minoritarias

La Ley N° 20.945 incluyó el nuevo artículo 4 bis, que establece la obligación de informar a la FNE, a más tardar sesenta días después de su perfeccionamiento *"la adquisición, por parte de una empresa o de alguna entidad integrante de su grupo empresarial, de participación, directa o indirecta, en más del 10% del capital de una empresa competidora"*.

Dicha obligación de informar sólo se aplica cuando la empresa adquirente, o su grupo empresarial (según sea el caso), y la empresa cuya participación se adquiere tengan, cada una por separado, ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario.

Hasta el momento, se han producido muy pocos casos relacionados con esta nueva regulación. Estos casos se han referido a adquisiciones de participaciones minoritarias no comunicadas o informes presentados fuera de plazo¹¹¹.

8. Procedimiento ante la FNE

8.1 Normativa aplicable

Artículos 39 a 42 del DL 211 e Instructivo interno para el desarrollo de investigaciones de la FNE¹¹².

¹¹⁰ FNE, "Guía de Remedios", párr. 35.

¹¹¹ Ver: CentroCompetencia, "Primeros requerimientos de la FNE por no notificar participación en competidores", Actualidad (febrero de 2020), disponible en <https://centrocompetencia.com/primeros-requerimientos-de-la-fne-por-no-notificar-participacion-en-competidores/>; y Resolución aprobatoria del TDLC del Acuerdo Extrajudicial N° 15-18, entre la FNE e International Minstream Renewable Power Limited.

¹¹² Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Instr._investigaciones_2013-1.pdf.

8.2 Inicio

Las investigaciones pueden iniciarse de oficio o por denuncia, a través de un formulario electrónico por medio de la página web¹¹³, o por escrito en las dependencias de la FNE.

8.3 Admisibilidad

Toda denuncia se encuentra sujeta a un examen de admisibilidad con el propósito de determinar si corresponde investigar, o no, conforme con los artículos 39 inciso 1º¹¹⁴ y 41¹¹⁵ del DL 211.

8.4 Plazos

De acuerdo con el Instructivo referido “*las investigaciones de la FNE deberán desarrollarse dentro de un plazo razonable de tramitación*”¹¹⁶.

Así, las investigaciones de la FNE no se encuentran sujetas a plazos máximos legales, constituyendo el plazo de prescripción su único límite.

8.5 Discrecionalidad

De acuerdo con el artículo 39 del DL 211, el Fiscal Nacional Económico, podrá “*defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones*”¹¹⁷.

Esta norma, junto a la necesidad de que exista acuerdo entre el Presidente de la República y la Corte Suprema respecto de la necesidad de remoción del Fiscal Nacional Económico, constituyen los aspectos esenciales del diseño institucional tendiente a garantizar su independencia y autonomía en el cumplimiento de sus funciones.

8.6 Resultados de las investigaciones de la FNE

Las investigaciones podrán terminar mediante las siguientes vías:

- (i) Resolución de archivo de la investigación¹¹⁸, la cual podrá condicionarse al cumplimiento de ciertos compromisos ofrecidos por las partes investigadas.

¹¹³ www.fne.gob.cl

¹¹⁴ Que dispone que “*El Fiscal Nacional Económico podrá Instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a esta ley*”.

¹¹⁵ Que dispone que “*Para determinar si corresponde investigar o desestimar las denuncias que se formulen, la Fiscalía podrá solicitar, dentro del plazo de 60 días de recibida la denuncia, antecedentes a particulares, como también llamar a declarar a cualquier persona que pudiese tener conocimiento del hecho denunciado*”.

¹¹⁶ Instructivo Interno Para el Desarrollo de Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica, N° 38.

¹¹⁷ Énfasis agregado.

¹¹⁸ El Fiscal podrá disponer el archivo de la investigación mediante resolución fundada, en particular, en los siguientes casos:

- (ii) La presentación de acciones, solicitudes o informes al TDLC¹¹⁹.
- (iii) La celebración de un acuerdo extrajudicial, reglado en el artículo 39 letra ñ) del DL 211. Se trata ésta de una facultad de la FNE para llegar a acuerdos con las partes investigadas, los que resultan vinculantes una vez ejecutoriada su aprobación por parte del TDLC.

(i) Cuando no se ha podido comprobar la existencia de hechos, actos o convenciones que sean constitutivos de infracciones al DL 211, o la participación en los mismos de una o más personas naturales o jurídicas;

(ii) Cuando no existen antecedentes suficientes en la investigación que permitan fundar una acción ante el TDLC o los tribunales de justicia; (

(iii) Cuando existe un pronunciamiento previo del TDLC o los tribunales de justicia, respecto de la materia;

(iv) Cuando se ha producido un cambio en las circunstancias, de modo que han dejado de observarse efectos contrarios a la libre competencia. Lo anterior, sin perjuicio de los compromisos de los agentes económicos relevantes que puedan considerarse como antecedente y fundamento de la decisión;

(v) Cuando existieren razones de eficiencia y eficacia que hagan estimar no procedente perseverar en ella, considerando la naturaleza de la investigación, las personas afectadas por la misma y los efectos en el(los) mercado(s);

(vi) Cuando, conforme lo establece el artículo 39 inciso 1 del DL 211, según sus propias apreciaciones, no pareciere proporcional ni justificado en el interés general de la colectividad en el orden económico ni para el resguardo de la libre competencia en los mercados, el perseverar en la investigación. Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la FNE. Párrafo 88. Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Instr._investigaciones_2013-1.pdf.

¹¹⁹ Dentro de estas posibilidades están:

a) Presentar un requerimiento ante el TDLC, por infracciones al DL 211;

b) Incoar una consulta o promover un asunto no contencioso ante el TDLC, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse;

c) Requerir, mediante una solicitud al TDLC, la dictación de instrucciones de carácter general a que deban sujetarse los particulares con el fin de resguardar la libre competencia;

d) Requerir, mediante una solicitud al TDLC, la expedición de un informe, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 del DL 211, en cuanto le sean encomendados al TDLC en virtud de disposiciones legales especiales;

e) Solicitar al TDLC proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la derogación o modificación de preceptos legales o reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, o la dictación de 16 aquellos que sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas; o,

f) Presentar informes o aportar antecedentes en los casos en que la ley lo disponga o el TDLC lo solicite. Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la FNE. Párrafo 87. Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Instr._investigaciones_2013-1.pdf.

9. Procedimiento jurisdiccional

9.1 Medidas prejudiciales

- (i) Medidas cautelares. El DL 211 en su artículo 25 indica que el TDLC podrá decretar todas las medidas cautelares que sean necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento y para resguardar el interés común.

La amplia potestad cautelar que ostenta el TDLC hace que pedir las de manera prejudicial sea una alternativa beneficiosa de cara a preparar un juicio y asegurar su resultado. Sin embargo, la medida cautelar prejudicial trae aparejada una carga procesal, ya que el solicitante deberá formalizar el requerimiento o la demanda en el plazo de veinte días hábiles o en el término mayor que fije el Tribunal, contado desde la notificación de aquélla. En caso contrario, quedará sin efecto de pleno derecho.

- (ii) Medidas prejudiciales probatorias. Adicionalmente, aludiendo a la regulación general del procedimiento ordinario, el TDLC permite solicitar de manera prejudicial la rendición de prueba que permita sostener una futura acción contenciosa. En este sentido, la exhibición de documentos que se solicite ante el TDLC permite hacerse con la evidencia necesaria para cumplir con los requisitos para que la demanda sea admisible.

En este sentido, si bien es similar a la institución anglosajona de *Discovery*, la medida prejudicial probatoria se ve limitada ya que debe cumplir con dos requisitos generales, (i) que se tenga conocimiento de que la información obra en poder de la parte solicitada y (ii) que sirva para sustentar la acción que se pretende deducir en juicio. Así, es una potestad limitada que no se asimila, en ningún caso, a las facultades incautación que posee la FNE en la fase investigativa, sino que va dirigida a antecedentes conocidos que permitan sustentar una acción en juicio.

9.2 Demanda y contestación

El procedimiento contencioso se inicia con la presentación de una demanda o requerimiento (según si se trata de un privado o la FNE respectivamente), mediante el cual se acusa a una entidad pública o privada de haber infringido la libre competencia, solicitándole al TDC que: (i) declare la existencia de una infracción; (ii) sancione el incumplimiento de la normativa de competencia y, (iii) eventualmente, adopte medidas preventivas destinadas a impedir que dichos hechos se cometan en el futuro.

Se pueden notificar a las filiales o agencias constituidas en Chile de una empresa extranjera los requerimientos o demandas que se deduzcan en su contra por infracciones de esta ley, no siendo válidas las limitaciones estatutarias de dicha filial o agencia para estos efectos.

Admitido el requerimiento o la demanda a tramitación, se confiere el traslado, para que aquellos en contra de quienes fue interpuesta contesten dentro del plazo de quince días hábiles o el término mayor que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días.

9.3 Conciliación

Vencido el plazo para contestar, el Tribunal puede llamar a las partes a conciliación. En caso de que las partes lleguen a un acuerdo, el TDLC debe aprobarlo, siempre que no atente contra la libre competencia. La decisión del TDLC puede ser impugnada por quienes hayan sido excluidos del acuerdo, mediante el recurso de reclamación.

9.4 Término probatorio

Si el TDLC considera que no es necesario llamar a conciliación, o en caso de que este trámite fracase, debe “recibir la causa a prueba” por un de veinte días hábiles.

Iniciado este período, las partes tienen cinco días hábiles para presentar una lista de testigos.

La prueba instrumental puede presentarse hasta 10 días antes de la fecha fijada para la vista de la causa.

9.5 Sentencia

La sentencia definitiva debe ser “fundada”, es decir, debe “enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia” (art. 26). Además, debe contener los fundamentos de los votos de minoría (en caso de que los haya).

El plazo para dictar esta sentencia es de cuarenta y cinco días, contados desde que el proceso se encuentre en “estado de fallo”. Sin embargo, se trata de un plazo judicial, cuya inobservancia no acarrea ninguna sanción procesal para las partes del proceso.

9.6 Recursos

El DL 211, establece dos tipos de recursos para las resoluciones dictadas en los procedimientos contenciosos: (i) el recurso de reposición; y (ii) el recurso de reclamación. El primero, consiste en un recurso mediante el cual la parte “agraviada” por una resolución intermedia del TDLC, solicita a este mismo tribunal que la enmiende conforme a derecho. El segundo recurso, sin embargo, solo procede en contra de la sentencia definitiva que condene o absuelva a una de las partes de la aplicación de las medidas establecidas en el artículo 26 del DL 211¹²⁰.

El recurso de reclamación, en cuanto a su “extensión”, se asemeja a lo que típicamente, a nivel comparado, se conoce como recurso de apelación, por contraposición a una casación o nulidad¹²¹.

En cuanto a la legitimidad para interponerlo, el recurso de reclamación puede ser interpuesto por el Fiscal Nacional Económico o cualquiera de las partes, dentro del plazo de 10 días hábiles desde la respectiva notificación.

Si bien este recurso es interpuesto ante el TDLC, el tribunal a cargo de resolverlo es la Corte Suprema (específicamente, la Tercera Sala de dicho tribunal).

La interposición del recurso no suspende el cumplimiento de la sentencia, salvo para el pago de multas. Sin embargo, a petición de parte, la Corte Suprema puede suspender los efectos de la sentencia, total o parcialmente.

¹²⁰ En caso de que el TDLC deniegue el otorgamiento de este recurso, la parte agraviada podrá interponer directamente ante la Corte Suprema un recurso de hecho, solicitándole que enmiende la resolución errónea dictada por el TDLC, otorgando consecuentemente el recurso de reclamación.

¹²¹ Para toda esta sección, ver: CentroCompetencia, “Recursos Procesales”, Glosario CeCo, disponible en <https://centrocompetencia.com/recursos-procesales/>.

9.7 Tipo de prueba

El TDLC debe apreciar la prueba conforme con las reglas de la “Sana Crítica”. Ello requiere que la persuasión que ocasiona el medio en el juez no se realice obedeciendo a cualquier fundamento, sino sobre la base de un análisis razonado que explicita el magistrado en su decisión, atendiendo a las máximas de la experiencia, las leyes de la lógica y los conocimientos científicamente afianzados.

9.8 Carga de la prueba

La carga de la prueba de la existencia de una conducta anticompetitiva y de sus efectos corresponde al que acusa, mientras que corresponde a la parte demandada acreditar las hipotéticas eficiencias o justificaciones asociadas a la conducta impugnada.

9.9 Confidencialidad

El deber de confidencialidad tiene rango legal.

El DL 211 regula en términos generales dicha obligación, estableciendo, en primer término, que en las investigaciones que sean instruidas por el Fiscal Nacional Económico, este puede disponer que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales, siempre que: (i) tengan por objeto proteger la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones, (ii) que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular; o (iii) aquello sea necesario para resguardar la eficacia de investigaciones de la FNE¹²².

Asimismo, se contempla la obligación de los demás funcionarios de la FNE de guardar reserva sobre toda información, dato o antecedente de que puedan imponerse con motivo u ocasión del ejercicio de sus labores y, especialmente, aquellos obtenidos en virtud de ciertas facultades, tales como: (i) instruir investigaciones; (ii) requerir antecedentes a autoridades; (iii) solicitar información a particulares; o (iv) recibir las notificaciones de operaciones de concentración. Las sanciones en caso de infracción a esta prohibición abarcan desde la suspensión del empleo y aplicación de medidas disciplinarias, hasta multas e incluso reclusión¹²³.

Asimismo, bajo el Título IV De las Operaciones de Concentración existen reglas sobre la publicidad tanto del expediente (en la segunda fase de investigación) como de ciertas resoluciones dictadas por la FNE (en la primera fase). En caso de contener información confidencial que deba ser publicada, se exigirán en estos procedimientos versiones públicas de la misma, donde la información sensible aparecerá tarjada¹²⁴. Por otra parte, en los procedimientos ante el TDLC, este puede decretar reserva respecto de terceros ajenos al proceso. Además, incluso puede decretar confidencialidad respecto de las demás partes de aquellos instrumentos que contengan información cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular¹²⁵.

¹²² DL 211, art. 39, letra a).

¹²³ DL 211, art. 42.

¹²⁴ DL 211, arts. 51 y ss.

¹²⁵ DL 211, art. 22.

9.10 Otras sedes jurisdiccionales

En principio, la única sede judicial que interviene en temáticas de libre competencia, distinta del TDLC y la Corte Suprema, es el ministro de turno de la Corte de Apelaciones de Santiago encargado de autorizar que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de la Fiscalía Nacional Económica que indique la solicitud, proceda a la realización de las medidas intrusivas referidas en la sección 3 c).

Fuera del ámbito del TDLC y la Corte Suprema, ciertos casos de libre competencia han derivado a otras sedes tales como el Tribunal Constitucional¹²⁶.

9.11 Estadísticas

Los procedimientos contenciosos duran en promedio 763 días (2,09 años) en el TDLC y 428 días (1,17 años) en la Corte Suprema. Los tiempos de duración han ido aumentando en los últimos años de la mano con la presentación de una mayor cantidad de demandas en sede de libre competencia¹²⁷.

10. Procedimiento no jurisdiccional ante el TDLC

Según señalamos, el TDLC puede ejercer funciones de índole administrativa (también denominada “no contenciosa”), a través de distintos procedimientos regulados en el DL 211. Tales son:

10.1 Procedimiento de consulta

En virtud de este procedimiento el TDLC puede:

“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”¹²⁸.

En virtud de este procedimiento, el Consultante solicita al TDLC pronunciarse acerca de si determinados hechos, actos o contratos se ajustan a la normativa sobre libre competencia y, en la negativa, que establezca las condiciones necesarias para que éstos se puedan llevar a cabo sin lesionar la libre competencia.

¹²⁶ Ver: CentroCompetencia, “El Tribunal Constitucional reafirma la facultad del TDLC para dictar instrucciones”, Actualidad (mayo 2023), disponible en <https://centrocompetencia.com/tc-reafirma-la-facultad-del-tdlc-para-dictar-instrucciones/>.

¹²⁷ Ver: CentroCompetencia, “¿Cuánto tarda el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema en resolver asuntos de libre competencia? (2022)”, Investigaciones CeCo (julio 2022), disponible en <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/07/CeCo-UAI-2022-Cuanto-tarda-el-TDLC-y-la-CS-en-Libre-Competencia.pdf>.

¹²⁸ DL 211, art. 18, N° 2.

Los hechos, actos o contratos objeto de la Consulta pueden ser propios o de un tercero. En este último caso, siempre se generan dudas (y al respecto existe jurisprudencia oscilante) respecto de los límites entre la Consulta y el Procedimiento Contencioso.

10.2 Instrucciones de carácter general

En virtud de este procedimiento el TDLC puede:

“Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella”¹²⁹.

Es un procedimiento reglado, público y participativo, que concluye con una decisión motivada, a través del cual el TDLC dicta normas de general aplicación a los particulares en actos o contratos (potestad regulatoria), en la medida que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella.

Esta potestad tiene como límites el ámbito que la Constitución ha reservado a la ley y no pueden contravenir normas de ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, así como materias técnicas de competencia sectorial.

Esta facultad se ha ejercido muy restrictivamente¹³⁰.

10.3 Recomendación Normativa

Mediante este procedimiento el TDLC puede:

“Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas”¹³¹.

En este caso, el procedimiento no contencioso tendrá por objeto decidir si resulta apropiado proponer al Poder Ejecutivo la derogación, modificación o creación de normas, con el objeto de fomentar la libre competencia. Como su nombre lo indica, este procedimiento deriva únicamente en una recomendación no vinculante al poder ejecutivo.

11. Daños derivados de ilícitos anticompetitivos:

Según el artículo 30 DL 211:

“La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada,

¹²⁹ DL 211, art. 18, N° 3.

¹³⁰ Véase, *supra*: Marco normativo

¹³¹ DL 211, art. 18, N° 4.

se interpondrá ante ese mismo Tribunal y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario”.

El TDLC debe fundar su fallo en los hechos establecidos en su sentencia que sirvan de antecedente a la demanda, apreciando la prueba conforme a la sana crítica.

Esta norma consagra en Chile un sistema de resarcimiento de daños del tipo “*follow on actions*”, es decir, que requiere necesariamente la existencia de una sentencia condenatoria previa en sede de competencia (que declare la existencia del ilícito)¹³².

Respecto de la legitimación para interponer la acción de daños se debe distinguir:

(i) Daños a consumidores

Según el artículo 51 de la Ley 19.496 (sobre protección a los derechos de los consumidores), cuando, producto de la conducta anticompetitiva, se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores, la acción puede ser interpuesta por:

- (a) El Servicio Nacional de Consumidor;
- (b) Una Asociación de Consumidores con 6 meses de antigüedad; y
- (c) Un grupo de 50 o más consumidores afectados en un mismo interés.

En estos casos, la acción indemnizatoria se someterá a las reglas del procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, regulado en la Ley 19.496 (art. 51 de la Ley 19.496).

(ii) Daños a empresas

Debe ser interpuesta por las empresas directamente afectadas por la conducta acreditada en sede infraccional (se debe acreditar el vínculo causal). En estos casos, la acción indemnizatoria se someterá a las reglas del procedimiento sumario, regulado en el Código de Procedimiento Civil (art. 30 del DL 211).

¹³² La sentencia condenatoria previa debe encontrarse “ejecutoriada”, es decir, no deben existir recursos pendientes en su contra.

Colombia

Colombia¹

José Miguel de la Calle

Abreviaturas

EPS	Empresas Promotoras de Salud
IHH	Índice de concentración de Herfindahl y Hirschman
PBC	Programa de Beneficios por Colaboración
SIC	Superintendencia de Industria y Comercio
SMLMV	Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes

1. Antecedentes generales

1.1 Marco normativo

El régimen del Derecho de la Competencia en Colombia se encuentra regulado en las siguientes disposiciones:

- (i) Constitución Política de Colombia: En el artículo 333² de la Constitución se consagran una serie de principios en materia de derecho de la competencia: (i) la actividad económica y la iniciativa privada son libres y se enmarcan dentro de los límites del bien común; (ii) la libre competencia económica es un derecho de todos los colombianos que supone responsabilidades; (iii) la empresa cumple una función social; y (iv) el Estado impedirá que se restrinja la libre competencia y evitará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado.

¹ Especiales agradecimientos al equipo de CeCo, en particular al Dr. Carlos Andrés Uribe Piedrahita y a Sebastián Cañas Oliger por sus comentarios y valiosas contribuciones en la elaboración de este texto.

² El art. 333 de la Constitución Política de Colombia establece lo siguiente: “*La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*”

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

(ii) Normas de rango legal:

- (a) Ley 155 de 1959, “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”. Esta norma contiene la prohibición general en materia de competencia, y prohíbe de manera indeterminada “toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia”. Asimismo, incluyó la primera norma referente a las integraciones en el país y a la competencia desleal.
- (b) Decreto 2.153 de 1992: Este Decreto estructuró inicialmente la Superintendencia de Industria y Comercio (**SIC**), y reúne las prohibiciones a los actos contrarios a la libre competencia, a los acuerdos contrarios a la libre competencia y al abuso de la posición de dominio. Si bien es un Decreto, tiene rango legal.
- (c) Ley 256 de 1996, “Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal”. Esta norma desarrolla el régimen en materia de competencia desleal. En esta norma se incluye la prohibición general del régimen propio de competencia desleal.
- (d) Ley 1.340 de 2009, “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”. Esta norma actualizó la normatividad en materia de protección de la competencia. Con este fin modificó el régimen general de sanciones, desarrolló las normas relativas al control de integraciones empresariales, introdujo los beneficios por colaboración y fortaleció las facultades de la SIC.

(iii) Otras normas relevantes:

- (a) Decreto 4.886 de 2011, modificado por el Decreto 092 de 2022, “Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones”. Este Decreto modifica el Decreto 2.153 de 1992 y define las funciones generales de la SIC, el Superintendente y sus distintas Delegaturas. Tiene rango de Decreto.
- (b) Decreto 663 de 1993, “Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración”. Este Decreto, con fuerza de ley, y sus normas modificatorias, regulan las integraciones de instituciones financieras o entidades aseguradoras vigiladas en los artículos 55 y siguientes.
- (c) Reglamentos Aeronáuticos de Colombia (RAC 5), adoptado mediante el artículo primero de la Resolución No. 01174 del 21 de junio de 2021. El literal a) del numeral 5.160 de la norma citada establece las disposiciones aplicables para las integraciones entre explotadores de servicios aerocomerciales.
- (d) Regímenes especiales: Algunos sectores especializados cuentan con reglas que limitan la libre competencia, diferentes a las ya enunciadas. En primer lugar, en el sector salud, el artículo 15 de la Ley 1.122 de 2007 regula las integraciones entre las Empresas Promotoras de Salud (“**EPS**”). Por otro lado, en el caso del sector de energía, el artículo 74 de la Ley 143 de 1994 establece unas reglas de integración propias de dicho sector.
- (e) Comunidad Andina: la Decisión 608 de 2005 es la norma que establece el Sistema de Protección y Promoción de la Libre competencia en la Comunidad Andina. Por

lo tanto, es una norma de importante consulta en el contexto de constantes transacciones transfronterizas.

- (iv) Regulación interna expedida por la SIC: La SIC, en desarrollo de sus facultades, expide por medio de la Circular Única³ los actos administrativos de carácter general que reúne todas las reglamentaciones e instrucciones generales. Lo anterior, con la finalidad de facilitar a los supervisados y funcionarios la consulta de los actos que expide la autoridad y las reglas aplicables a las situaciones concretas que se inscriben dentro de su ámbito de competencia. La Circular Única trata de manera particular en el Título VII y en los anexos 9.1 y 9.2 asuntos relacionados con la libre competencia, integraciones empresariales y competencia desleal administrativa.⁴
- (v) Jurisprudencia: La Ley 1.340 de 2009 en su artículo 24 estableció la carga para la SIC de compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas adoptadas en materia de libre competencia. Unido a lo anterior, señaló el criterio de doctrina probable cuando se presenten tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto. La Corte Constitucional en Sentencia C-537 de 2010, precisó que el criterio de doctrina probable de las decisiones de la SIC solo aplica para la entidad, pero no para los jueces que deban conocer asuntos relacionados con la materia, bien en asuntos jurisdiccionales que tramite la autoridad, bien a jueces por fuera de la SIC.

1.2 Diseño institucional

La autoridad nacional de protección de la competencia en Colombia es la SIC, encabezada por el Superintendente de Industria y Comercio. La SIC es una entidad de naturaleza administrativa y está adscrita al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de la rama ejecutiva. Dentro de la SIC, se encuentran diferentes delegaturas, una de ellas es la Delegatura de Protección de la Competencia, quien es la responsable de atender las quejas, realizar las averiguaciones preliminares y, en caso de encontrar mérito, adelantar las investigaciones sobre libre competencia. Una vez terminada la fase de investigación, la Delegatura produce un Informe Motivado donde recomienda al Superintendente de Industria y Comercio el cierre o sanción de las conductas investigadas. Con fundamento en el Informe Motivado, las pruebas que obran en el expediente y el concepto del Comité Asesor, el Superintendente de Industria y Comercio toma la decisión del caso por medio de un acto administrativo particular y motivado, frente al cual cabe el recurso de reposición. Una vez agotada la etapa administrativa, los sancionados pueden acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para demandar los actos administrativos sancionatorios a través de diferentes medios de control, como el de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho.

Por su parte, la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales ejerce funciones jurisdiccionales de protección al consumidor, competencia desleal y propiedad industrial. Así, esta delegatura se encarga de decidir judicialmente sobre los derechos subjetivos entre particulares, mientras que la Delegatura de Protección de la Competencia decide bajo funciones administrativas y en pro

³ Ver la Circular Única de la SIC en el siguiente enlace <https://www.sic.gov.co/circular-unica>

⁴ Ver el Título VII de la Circular Única de la SIC en el siguiente enlace <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/042021/TITULO%20VII%20Res27512021%20%281%29.pdf> Anexo 9.1 , Guía de Pre-evaluación de integraciones Empresariales en los siguientes enlaces, en el siguiente enlace www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/022021/Anexo_No_9.1.pdf y Anexo 9.2 , Guía de estudio de fondo de Integraciones Empresariales en el siguiente enlace https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/022021/Anexo_No_9.2.pdf

de la protección del derecho colectivo de la libre competencia. Las sentencias de la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales pueden ser apeladas ante otros jueces de la República.

En adición, conforme a la Ley 1.340 de 2009, en asuntos especializados, el control de las integraciones empresariales está a cargo de entidades diferentes a la SIC. En este sentido, la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil tiene la competencia para evaluar, aprobar o rechazar las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves. Asimismo, en los procesos de integración o reorganización empresarial que involucren exclusivamente a entidades bajo la supervisión de la Superintendencia Financiera de Colombia, esta entidad es la responsable de conocer y decidir acerca de la viabilidad de dichas operaciones.

1.3 Evolución del sistema

La Ley 155 de 1959 es la primera ley de protección de la competencia en Colombia, estando parcialmente vigente en la actualidad. El artículo 1 de dicha norma consagra la cláusula de “prohibición general” del régimen de competencia. Este artículo comprende todas las prácticas, procedimientos o sistemas que restringen la libre competencia, siendo una prohibición autónoma dentro del régimen de libre competencia y que está destinada a evaluar aquellos comportamientos que potencialmente restringen la competencia pero que no fueron previstos como prohibiciones taxativas dentro del régimen.

El Decreto 2.153 de 1992, expedido por el Gobierno en desarrollo del artículo 20 Transitorio de la Constitución Política de 1991, modificó y modernizó la estructura administrativa de la SIC; además, estableció un catálogo de prohibiciones sobre acuerdos, actos y abuso de la posición dominante. En la actualidad, la estructura de la SIC, incluida las funciones relacionadas con la libre competencia, se encuentra reguladas en el Decreto 4.886 de 2011, modificado por el Decreto 092 de 2022.

La Ley 256 de 1996 regula los actos de competencia desleal, estableciendo una (1) prohibición general y doce (12) prohibiciones particulares, entre las que se encuentran, la desviación de la clientela, actos de desorganización, confusión, engaño, descrédito, comparación, imitación, explotación de la reputación ajena, violación de secretos, inducción a la ruptura contractual, violación de normas y pactos desleales de exclusividad.

Una actualización fundamental del régimen de libre competencia en Colombia fue introducida por la Ley 1.340 de 2009. Esta norma fortaleció las funciones en cabeza de la SIC, en especial, al establecer esta entidad como la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia e incrementar la capacidad sancionatoria. Unido a lo anterior, reglamentó temas relativos a las integraciones empresariales, consagró el régimen actual del plan de beneficios por colaboración y modificó el sistema de ofrecimiento de garantías.

Posterior a la Ley 1.340 de 2009 y, como mecanismo para dotar de mayor capacidad disuasoria, se promulgó la Ley 1.474 de 2011, conocida como el “Estatuto Anticorrupción”, el cual adicionó el artículo 410ª del Código Penal Colombiano, que criminaliza la colusión en los procesos de licitación pública (“*bid rigging*”).

1.4 Tipología de prohibiciones generales de libre competencia y su ámbito de acción

El ámbito general de aplicación del régimen de derecho de la competencia colombiano es el “*relativo a las prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición*”

de dominio, y el régimen de integraciones empresariales”⁵. Una descripción del catálogo de prohibiciones sería el siguiente:

(i) Prohibición general

Como se mencionó, el régimen de protección de la libre competencia contiene una prohibición general, prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Dicha norma prohíbe “(...) en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”. En ese sentido, este articulado no contempla una tipología como tal, sino que cobija todas las conductas que puedan tener este resultado en el mercado.

(ii) Abuso de posición dominante

Se encuentra tipificado en el artículo 50 del Decreto 2.153, y comprende seis (6) tipologías de prohibiciones, principalmente hipótesis de conductas exclusorias.

(iii) Acuerdos contrarios a la libre competencia

Tipificados en el artículo 47 del Decreto 2.153, contempla diez (10) tipologías distintas sobre acuerdos que restringen la competencia. El artículo 45 del mismo Decreto define los acuerdos como “todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”, señalando la multiplicidad de formas que pueden ser objeto de reproche en la modalidad de acuerdos restrictivos de la competencia.

(iv) Infracción al deber de notificar una operación de concentración (gun jumping):

El artículo 13 de la Ley 1.340 de 2009 regula la orden de reversión de una operación de integración empresarial “cuando esta no fue informada o se realizó antes de cumplido el término que tenía la Superintendencia de Industria y Comercio para pronunciarse, si se determina que la operación así realizada comportaba una indebida restricción a la libre competencia, o cuando la operación había sido objetada o cuando se incumplan las condiciones bajo las cuales se autorizó”. Unido a lo anterior, el artículo 25 establece multas hasta por 100.000 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (“SMLMV”) por “el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones”.

(v) Competencia Desleal:

La Ley 256 de 1996, sobre competencia desleal, establece como ámbito de aplicación que dichos actos deben ser realizados en el mercado y tener fines concurrenciales. Los fines concurrenciales se definen por la misma ley como la aptitud de que la conducta sea objetivamente idónea para mantener o incrementar la participación en el mercado. Asimismo, se define la competencia desleal como “todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial”.⁶

⁵ Art. 2 Ley 1340 de 2009, que adiciona el artículo 46 del Decreto 2.153 de 1992.

⁶ Artículo 7° de la Ley 256 de 1992.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 6° de la Ley 1.340 de 2009 también contempla la posibilidad de que la SIC sancione de forma administrativa las infracciones a la normativa de competencia desleal.

(vi) Interlocking:

Esta figura se regula en tres cuerpos distintos en Colombia. La primera es la Ley 155 de 1959, que incluye esta figura expresamente mediante una prohibición *per se*, para ejecutivos relevantes que participen de los directorios de dos empresas “*cuyo objeto sea la producción, abastecimiento, distribución o consumo de los mismos bienes o la prestación de los mismos servicios, siempre y cuando tales empresas individual o conjuntamente consideradas, tengan activos por valor de veinte millones de pesos*”.⁷ El segundo cuerpo que la proscribire es el Decreto 2.153, que en su artículo 46° prohíbe todas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados. También se podría entender incorporada en el régimen de control obligatorio de concentraciones, a propósito de la concentración de cargos administrativos.

1.5 Sujetos pasivos de las acciones de libre competencia

El artículo 25 de la Ley 1.340 destaca que existe la posibilidad de imponer sanciones “*por cada violación y a cada infractor (...)*”. Se resalta que el artículo no hace distinciones entre personas naturales o jurídicas, por lo que la norma no requiere un sujeto cualificado como sujeto pasivo. De igual manera, el artículo 2 de la misma Ley indica que la normatividad aplica respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales. Se une a lo anterior que el artículo 26 del mismo estatuto faculta a la Superintendencia para imponer multas hasta por 2.000 SMLMV a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia.

En lo relativo al régimen de competencia desleal, el artículo 22 de la Ley 256 de 1996 establece que las acciones de infracción a los actos de competencia desleal podrán dirigirse “*contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal*” que se haya realizado en el mercado y con fines concurrenciales. Asimismo, el propio articulado aclara que cuando el acto desleal haya sido realizado por trabajadores en ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las acciones deberán dirigirse contra el empleador.

1.6 Extraterritorialidad

El artículo 2 de la Ley 1.340 dispone que el ámbito de aplicación del régimen de protección a la libre competencia comprende todas las conductas con la potencialidad de tener efecto en el mercado colombiano. En adición, respecto al régimen de competencia desleal, el artículo 4 de la Ley 256 de 1996 establece que la ley se aplicará a todos los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar en el mercado colombiano. Por ende, este régimen también cobija las conductas realizadas por fuera de territorio colombiano, si generan efectos en el territorio colombiano.

⁷ Artículo 5° de la Ley 155 de 1959.

2. Régimen general de sanciones

El Decreto 2.153, en el artículo 2, faculta a la SIC para “*imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia*”. Respecto al monto de las multas, estas se clasifican según la naturaleza de la participación en el comportamiento reprochado por la autoridad. El artículo 25 de la Ley 1.340 de 2009 faculta imponer multas a todo agente económico que viole el régimen de libre competencia hasta por 100.000 SMLMV o, si resulta ser mayor la tasación de la sanción, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor. Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios: (i) El impacto que la conducta tenga sobre el mercado, (ii) La dimensión del mercado afectado, (iii) El beneficio obtenido por el infractor con la conducta, (iv) El grado de participación del implicado, (v) La conducta procesal de los investigados, (vi) La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción, y (vii) El Patrimonio del infractor.

La normativa de competencia, como se indicó anteriormente, también faculta a la Superintendencia para imponer multas a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia, hasta por 2.000 SMLMV. Para efectos de graduar la multa, la SIC tendrá en cuenta los siguientes criterios: (i) La persistencia en la conducta infractora, (ii) El impacto que la conducta tenga sobre el mercado, (iii) La reiteración de la conducta prohibida, (iv) La conducta procesal del investigado, y (v) El grado de participación de la persona implicada.

En los casos de competencia desleal administrativa, los cuales están a cargo de la Delegatura de Protección de la Competencia, la SIC se encuentra facultada para imponer las mismas sanciones descritas anteriormente para agentes económicos y facilitadores.

Algunas conductas, como la colusión en licitaciones públicas, mantienen un régimen de sanciones especiales, las cuales serán tratadas a propósito de cada figura en particular.

3. Proyectos en tramitación

A la fecha de redacción de este documento, no existen proyectos de ley relacionados con el régimen de protección de la libre competencia.

4. Estructura orgánica de la institucionalidad

Las principales características de la estructura orgánica de la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentran en el Decreto 4886 de 2011 y se detallan de la siguiente manera:

- (i) **Composición:** el Superintendente de Industria y Comercio es el jefe del organismo y quien dirige la SIC. El Superintendente ejerce las funciones jurisdiccionales que le hayan asignado, a través de Delegaturas (estos son grupos internos de trabajo designados por el Superintendente).
- (ii) **Designación:** El Presidente de la República nombra al Superintendente, en tanto la SIC es una entidad adscrita al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y hace parte de la Rama Ejecutiva.
- (iii) **Periodo:** 4 años

- (iv) Remoción:
 - (a) Término del período legal de su designación;
 - (b) Renuncia voluntaria aceptada por el Presidente de la República;
 - (c) Retiro del servicio: El Presidente puede declarar insubsistente al Superintendente y removerlo, dado que es un cargo de remoción y libre nombramiento.

- (v) Número de profesionales: Al mes de marzo de 2023 se reportaron 581 cargos de carrera administrativa y 46 de libre nombramiento y remoción, para un total de 627 cargos de planta permanente.

- (vi) Unidades internas: el Superintendente de Industria y Comercio es el jefe del organismo. Sin embargo, la SIC está compuesta por distintas delegaturas y cada delegatura se enfoca en un área distinta y está encabezada por un Superintendente Delegado. Existen las siguientes divisiones:
 - (a) Despacho del Superintendente.
 - (b) Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.
 - (c) Despacho del Superintendente Delegado para la Propiedad Industrial.
 - (d) Despacho del Superintendente Delegado para la Protección del Consumidor.
 - (e) Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de Datos Personales.
 - (f) Despacho del Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales.
 - (g) Despacho del Superintendente Delegado para la Metrología Legal.
 - (h) Secretaría General.
 - (i) Órganos de Asesoría y Coordinación.

El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia es el encargado de la División de Promoción de Competencia y es quien instruye las investigaciones relativas a las prácticas contrarias al régimen de la libre competencia.

La Delegatura para la Protección de la Competencia está conformada por distintos grupos de trabajo, entre ellos se encuentran: Grupo de Integraciones Empresariales, Grupo de Protección y Promoción de la Libre Competencia, Grupo de Prácticas Restrictivas, Grupo de Abogacía, Grupo Élite Contra Colusiones y la Dirección de Cumplimiento. Cada grupo de trabajo tiene un enfoque distinto, como su nombre lo indica.

- (vii) Presupuesto: La SIC tuvo un presupuesto para el año 2022 de \$ 260.995.747.753 COP⁸ (aproximadamente 54 millones de dólares).

5. Acuerdos horizontales

5.1 Normativa aplicable

El artículo 47 del Decreto 2.153 de 1992 dispone lo relativo a los acuerdos restrictivos de la competencia de forma general, sin diferenciar entre acuerdos verticales u horizontales.

Las siguientes conductas, establecidas en el artículo 47 del Decreto 2.153 de 1992, son consideradas como acuerdos contrarios a la libre competencia:

- (i) Acuerdos para la fijación directa o indirecta de precios;
- (ii) Acuerdos sobre condiciones de venta y comercialización discriminatorias;
- (iii) Acuerdos de repartición de mercado;
- (iv) Acuerdos para la asignación de cuotas de producción o suministro;
- (v) Acuerdos para la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productos;
- (vi) Acuerdos para la limitación de desarrollos técnicos;
- (vii) Acuerdos de ventas atadas: subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que no constituyen objeto del negocio;
- (viii) Acuerdos para afectar los niveles de producción de un bien o servicio;
- (ix) Acuerdos colusorios en procesos de contratación pública;
- (x) Acuerdos para la obstrucción de terceros al mercado o canales de comercialización.

5.2 Caducidad (prescripción)

El artículo 27 de la Ley 1.340 de 2009 dispuso que la facultad sancionatoria de la SIC para sancionar las prácticas contrarias al régimen de libre competencia caduca una vez transcurridos 5 años desde el último hecho constitutivo de la respectiva infracción.

5.3 Facultades específicas

El recaudo de los elementos necesarios para la comprobación de una infracción al régimen de competencia se encuentra sujeto al principio de la libertad probatoria. La SIC se encuentra facultada para realizar toda clase de pruebas que resulten eficaces para acreditar la comisión de la conducta contraria a la libre competencia.

⁸ <https://www.sic.gov.co/presupuestos-para-la-vigencia>

Dentro de los medios probatorios autorizados, se encuentran:

- (i) Las visitas administrativas de inspección: consisten en el recaudo de toda clase de elementos probatorios en la sede de los agentes de mercado. Estas se suelen realizar de forma sorpresiva, sin un acto de notificación previo.
- (ii) Recolección de información (física y digital): se pueden “solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones” (Num. 63, Art. 1 del Decreto 4.886 de 2011).
- (iii) Declaraciones testimoniales: la SIC puede interrogar a cualquier persona que resulte del interés de la autoridad, para determinar la existencia de una práctica comercial restrictiva.

5.4 Programa de Beneficios por Colaboración (“PBC”)

El PBC se introdujo a Colombia con el artículo 14 de la Ley 1.340 de 2009, el cual estableció lo siguiente:

“La Superintendencia de Industria y Comercio podrá conceder beneficios a las personas naturales o jurídicas que hubieren participado en una conducta que viole las normas de protección de la competencia, en caso de que informen a la autoridad de competencia acerca de la existencia de dicha conducta y/o colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los demás participantes”.

Esta norma fue reglamentada por el Decreto 2.896 de 2010 y posteriormente reformada por el Decreto 1.523 de 2015, que disponen dos tipos de requisitos diferentes para acceder al programa:

- (i) Los requisitos necesarios para acceder al programa. La solicitud para acceder al programa requiere: (i) reconocer la participación del solicitante en el acuerdo anticompetitivo; y (ii) suministrar información, por lo menos sucinta, sobre la existencia del acuerdo, su forma de operación, el o los productos involucrados y los participantes del acuerdo.
- (ii) Los requisitos necesarios para suscribir el Convenio de Beneficios por Colaboración. Estos son: (i) reconocer la participación en el acuerdo anticompetitivo; (ii) suministrar información, o pruebas útiles sobre el acuerdo y su forma de operación; (iii) atender oportunamente los requerimientos o solicitudes de la SIC en el curso de la negociación del Convenio; y (iv) terminar su participación en el acuerdo según lo fije la SIC.

En cualquier momento antes de suscribir el Convenio, el solicitante puede retirar su solicitud. Asimismo, en caso de que la solicitud no cumpla con los requisitos para ser admitidos al PBC, se puede retirar el material probatorio allegado en un término de 10 días hábiles.

5.5 Sanciones particulares

El artículo 27 de la Ley 1.474 de 2011, conocida como el Estatuto Anticorrupción, estableció la siguiente sanción únicamente aplicable al ilícito de la colusión en licitaciones públicas: “*El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual*” tendrá inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

5.6 Criminalización

Como se mencionó, la Ley 1.474 de 2011 penalizó la colusión en licitaciones públicas. Esta Ley adicionó el artículo 410A del Código Penal Colombiano y dispuso que *“el que en un proceso de licitación pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años”*. Hasta el momento, solo se ha proferido una decisión judicial relacionada con la comisión de este delito.

5.7 Tendencias

Los casos más relevantes sancionados por la SIC, en relación con los acuerdos horizontales, son los acuerdos de fijación de precios entre competidores.

Vale destacar que el PBC no ha funcionado respecto de la conducta de colusión en licitaciones públicas. Lo anterior, considerando que la Ley 1.474 de 2011 criminalizó esta conducta, los beneficios en sede administrativa (otorgados por la SIC) no exoneran al delator de las consecuencias penales que pueden producir la comisión de la conducta. Por ende, el PBC no ha sido exitoso como mecanismo de persecución de colusiones en licitaciones públicas.

5.8 Situación de los acuerdos de cooperación

La SIC ha reconocido que los acuerdos de colaboración pueden lograr eficiencias que no alcanzarían de forma individual los agentes del mercado. Sin embargo, para que sean considerados lícitos, los acuerdos deben tener efectos neutrales en el mercado.

En Colombia no existe un procedimiento de análisis preventivo. Sin embargo, con el fin de que los agentes del mercado tengan herramientas para determinar qué acuerdos violan el régimen de competencia y cuáles no, la SIC expidió la “Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de colaboración entre competidores”.⁹

Dentro de esta Cartilla, la SIC destaca como acuerdos de colaboración los acuerdos de: *“i) investigación y desarrollo; ii) de producción; iii) de compra; iv) de comercialización; y v) de estandarización”*.¹⁰

Asimismo, la Cartilla citada establece una serie de criterios para analizar los efectos pro-competitivos de un acuerdo, y determinar si es en efecto un acuerdo de colaboración. La SIC entiende que los acuerdos de colaboración entre competidores no generan restricciones a la libre competencia cuando en el acuerdo concurren los siguientes elementos:

- (i) El acuerdo debe producir mejoras en la eficiencia de los procesos adelantados por los intervinientes.
- (ii) Las restricciones que se generan como resultado del acuerdo de colaboración deben ser indispensables para alcanzar los objetivos de mejoras en eficiencias. Las restricciones se entienden como indispensables cuando los integrantes del acuerdo no tengan

⁹ Disponible en el siguiente enlace:

https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/CARTILLA_ACUERDOS%2019-03-2015.pdf

¹⁰ Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de colaboración entre competidores”. 19 de marzo de 2015.

disponibles otras alternativas que les permitan alcanzar el mismo fin pretendido con la restricción.

- (iii) El acuerdo no debe facilitar la exclusión de los competidores respecto de una parte sustancial de los servicios relevantes.
- (iv) El acuerdo debe generar beneficios para los consumidores. Esto es, a través de las eficiencias logradas mediante el acuerdo de colaboración, se debe procurar generar un beneficio suficiente a los consumidores, de tal modo que al menos se compensen los efectos restrictivos del acuerdo. No basta con que las eficiencias solo beneficien a las partes del acuerdo.

Si se demuestra que el acuerdo cumple con los elementos mencionados, la SIC tiene la posibilidad de reconocer que el acuerdo no resulta contrario al régimen de protección de la libre competencia. Por el contrario, en caso de que los acuerdos no cumplan con las condiciones enunciadas, dicho comportamiento podría eventualmente enmarcarse como un acuerdo anticompetitivo o como una integración empresarial no informada.

6. Restricciones verticales

6.1 Normativa aplicable

Cómo se mencionó, el artículo 47 del Decreto 2.153 de 1992 contiene las conductas constitutivas de acuerdos contrarios a la libre competencia. Dentro de este articulado también se enmarcan los acuerdos verticales restrictivos de la libre competencia.

La SIC precisó que las restricciones verticales pueden generar efectos “*anticompetitivos, neutrales, o incluso procompetitivos, por lo que el efecto neto en la competencia y en la eficiencia no es obvio a priori*”.¹¹ Además, cómo los acuerdos verticales no son per se anticompetitivos, su investigación puede ser más compleja.

6.2 Tendencias

Cómo se mencionó, la SIC reconoció que los acuerdos verticales no son anticompetitivos *per se*. No obstante, existen un número significativo de sanciones impuestas por la SIC. Particularmente en lo relativo a la fijación de precios en casos donde el proveedor tiene suficiente influencia para exigirle al vendedor unos estándares específicos de precios. En estos escenarios, donde los precios fijados por el vendedor no responden a las dinámicas del mercado sino a las exigencias del proveedor, la SIC ha sido consecuente en imponer sanciones.

¹¹ Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 16562 (14 de abril de 2014). “Por la cual se imponen sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se dicta órdenes e instrucciones”.

7. Abuso de posición dominante

7.1 Normativa aplicable

La Constitución Política de Colombia, dispone en términos generales que el Estado tiene dentro de sus funciones “evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”.

Este mandato fue luego desarrollado por el Decreto 2.153 de 1992, el cual en su artículo 50 enumera, de manera taxativa, seis tipos de conductas que pueden considerarse como abusos de la posición de dominio.

Vale la pena resaltar lo anterior, sin perjuicio de que una conducta no se enmarque en los supuestos enlistados por el artículo 50 del Decreto 2.153, la autoridad de competencia puede sancionar esta práctica mediante la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

7.2 Posición dominante

El artículo 50 del Decreto 2.153 define la posición de dominio como “la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”.

A este respecto, la SIC ha señalado que un agente económico tendrá posición de dominio en un mercado:

“Cuando esté en capacidad de modificar significativamente y unilateralmente cualquier variable relevante del mercado, esto es, si cuenta con suficiente poder de mercado para manipular las variables de competencia y para comportarse de manera independiente en el mismo en relación con sus competidores y si dicha decisión tiene vocación de permanencia y las condiciones del mercado se modifican durante un período significativo, en el cual tanto la reacción de sus actuales o futuros competidores, así como las decisiones de los consumidores, son insuficientes para disuadir a dicho agente de la realización de tal conducta”.¹²

7.3 Conductas abusivas

El artículo 50 del Decreto 2.153 enumera las siguientes seis conductas como constitutivas del abuso de la posición de dominio:

- (i) Precios predatorios que busquen eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de estos.
- (ii) La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.

¹² Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Informe Motivado presentado en el expediente radicado con el no. 13-54936. “Por el cual se recomienda el archivo de la investigación”. Caso “Angelcom”.

- (iii) Las que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio (ventas atadas).
- (iv) La venta a un comprador en condiciones diferentes a las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.
- (v) Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.
- (vi) El incumplimiento en la fecha pactada para el pago de una obligación dineraria cuando el proveedor tenga la calidad de PYME o MYPYME.

Se resalta que las conductas de abuso de posición de dominio enunciadas por el artículo 50 del Decreto 2.153 de 1993 deben cumplir estrictamente con los supuestos de hecho señalados en la norma para poder afirmar su configuración e infracción al régimen de protección de la competencia. No obstante, de acuerdo por lo señalado por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, se encuentran prohibidas *"toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos"*. En este orden de ideas, aquellos abusos de dominio que no se encuentren enmarcados en los supuestos de hecho del artículo 50 del Decreto 2.153 de 1993, cuentan con la alternativa de verse enmarcados por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, independientemente si se trata de conductas exclusorias o explotativas.

7.4 Tendencias

Los procesos por abuso de posición de dominio suelen iniciar por denuncias de un tercero, usualmente por competidores que soportan la conducta abusiva del agente dominante.

8. Competencia desleal

8.1 Normativa aplicable

Las normas relativas al régimen de competencia desleal están contenidas en la Ley 256 de 1996. Esta tiene por objeto "garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado".

8.2 Clasificación (tipos de conductas)¹³

- (i) Prohibición general: prohíbe todos los actos de competencia desleal, estos son, todos los actos o hechos que se realicen en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles y al principio de la buena fe comercial.

¹³ Conductas contenidas en los artículos 7-19 de la Ley 256 de 1996.

GARRIGUES

- (ii) Actos de desviación de clientela: Se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos es materia industrial o comercial.
- (iii) Actos de desorganización: Se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno.
- (iv) Actos de confusión: Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o cómo efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.
- (v) Actos de engaño: Se considera desleal inducir al público al error sobre toda la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.
- (vi) Actos de descrédito: Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.
- (vii) Actos de comparación: Se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. Se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos, ni comprobables.
- (viii) Actos de imitación: Se considera desleal la imitación exacta y minuciosa de las prestaciones de un tercero cuando genere confusión acerca de la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación ajena.
- (ix) Explotación de la reputación ajena: Se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.
- (x) Violación de secretos: Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente.
- (xi) Inducción a la ruptura contractual: Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.
- (xii) Violación de normas: Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica.
- (xiii) Pactos desleales de exclusividad: Se consideran desleales los pactos de exclusividad cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios.

Los actos que no enmarquen dentro de las conductas enlistadas se pueden reprochar a través de la prohibición general contenida en el artículo 7 de la Ley 256. Esto, siempre y cuando se detecte un acto contrario a la buena fe mercantil.

8.3 Prescripción

El artículo 23 de la Ley 256 de 1996 establece que las acciones de competencia desleal prescriben una vez transcurridos dos (2) años a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la comisión de acto de competencia desleal y en todo caso, por el transcurso de tres (3) años a partir del momento de la realización del acto.

9. *Interlocking*

9.1 Normativa aplicable

El “*Interlocking*”, también conocido como “*Board Interlocking*” ocurre cuando una misma persona es miembro de la junta directiva de dos o más empresa dentro de un mismo mercado. La Ley 155 de 1959, a pesar de ser la norma más antigua en el régimen de competencia, contempla la prohibición a esta conducta. Sin embargo, su vigencia es controvertida en tanto el artículo al que hacía referencia fue derogado.

Existen otras normas que hacen alusión al concepto como el artículo 75 de la Ley 663 de 1993, o en el régimen comercial el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Incluso la prohibición general contemplada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 puede ser utilizada para sancionar esta conducta.

9.2 Tratamiento administrativo/jurisprudencial

No existen casos relacionados con la comisión de esta conducta en el régimen colombiano de competencia.

10. Actos restrictivos de la competencia

El numeral 2 del artículo 45 del Decreto 2.153 define la palabra Acto cómo “*Todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica*”. Con todo, es importante que dicha norma deja claro que la única cualificación que se exige para el sujeto activo de los actos competitivos es la de ejercer una actividad económica. Por ende, no es relevante que quien ejerza la actividad económica tenga la forma de una empresa como tal, por lo que también puede ser una asociación, un gremio, una persona natural o hasta una entidad del sector público.

En este sentido, en conformidad con el artículo 46 del Decreto 2.153 de 1992, adicionado por el artículo 2° de la Ley 1.340 de 2009, se encuentran prohibidos todos los “actos” que afecten la libre competencia en los mercados. En particular, el artículo 48 enumera algunas hipótesis de actos considerados restrictivos, tales como: (i) la infracción a las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor; (ii) influenciar a una empresa para que incremente o mantenga sus precios; (iii) la negativa de venta o discriminación contra una empresa como “retaliación” por su política de precios.

11. Actos de autoridad

El régimen de protección de la competencia aplica respecto de *“todo aquel que desarrolle una actividad económica o que afecte ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tenga o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualesquiera sea la actividad o sector económico”*, tal como lo dispone el artículo 2 de la Ley 1.340 de 2009. En este sentido, el régimen de competencia aplica a todo agente que desarrolle una actividad económica, independientemente de su naturaleza y del sector en el que participa.

De esta forma, la norma colombiana no exime a órgano alguno -público o privado- del cumplimiento del régimen de protección de la competencia, existiendo incluso sanciones a entidades adscritas al Estado.

12. Integraciones empresariales

12.1 Normativa aplicable y *soft law*

La primera norma en el ordenamiento colombiano relativa a las integraciones empresariales fue el artículo 4 de la Ley 155 de 1959. Esta norma estableció una serie de condiciones para determinar qué empresas estarían obligadas a informar a la SIC en caso de *“fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada”*. Hoy en día, el compendio de normas que regulan el control previo de las integraciones empresariales incluye: la Ley 1.340 de 2009 y la Resolución 2.751 de 2021.

12.2 Autoridades

La autoridad encargada de autorizar las integraciones empresariales es la SIC, específicamente la Delegatura de Protección de la Competencia. Sin embargo, la Ley 1.340 de 2009 dispone dos grandes excepciones a lo anterior: (i) en el caso de las integraciones en el sector aeronáutico, la autoridad competente para autorizar dichas operaciones es la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil,¹⁴ (ii) en concentraciones en que participen exclusivamente entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, esta será la autoridad que conocerá y decidirá sobre la concentración.¹⁵

12.3 Operaciones de concentración notificables

La SIC ha definido las integraciones empresariales como *“cualquier mecanismo utilizado para adquirir el control de una o varias empresas, o para adquirir el control de una empresa en otra ya existente, o para crear una nueva empresa con el objeto de desarrollar actividades conjuntamente”*.¹⁶ Por ende, la forma para determinar si se ha perfeccionado una integración, es establecer si se adquirió el control en una empresa, entendiéndolo como “la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la

¹⁴ Parágrafo, del Artículo 8 de la Ley 1.340 de 2009.

¹⁵ Artículo 9 de la Ley 1.340 de 2009

¹⁶ Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Guía de análisis de integraciones empresariales.

actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa”.¹⁷

En este sentido, no importa el vehículo que se adopte como medio de la integración. Por ello, siempre que se adquiera el control en una empresa se entiende perfeccionada la integración empresarial. La forma jurídica de la integración se puede materializar a través de cualquier modalidad que facilite el cambio de control de un grupo empresarial a otro. Estas pueden tomar forma de fusiones, adquisición de acciones, escisiones, compra de activos, alianzas empresariales o hasta contratos de franquicia.

12.4 Umbrales de notificación obligatoria

Una integración debe ser notificada a la SIC de manera previa si se cumplen con los siguientes dos criterios.

- (i) Criterio subjetivo: este criterio se cumple en caso de que: (i) las empresas intervinientes desempeñen la misma actividad económica; o (ii) cuando las empresas intervinientes se encuentren en la misma cadena de valor.
- (ii) Criterio objetivo: se cumple: (i) cuando las intervinientes, de manera conjunta o individualmente consideradas, hayan obtenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada, ingresos operacionales, o activos superiores a 60.000 SMLMV (aproximadamente 16 millones de dólares).

Las empresas que cumplan con el criterio subjetivo y objetivo deben abstenerse de materializar la integración hasta tanto: (i) no cuenten con autorización de la SIC para el caso en que superen el 20% de participación en el mercado relevante; o (ii) no hayan recibido el acuse de recibo de la notificación de la operación por parte la SIC en caso de que cuenten con menos del 20% de participación en el mercado relevante.

12.5 Procedimiento

El trámite del control previo de integraciones se puede dividir en dos procedimientos: notificación o preevaluación. Como se mencionó, la preevaluación procede cuando las empresas intervinientes cuenten en conjunto o individualmente con más del 20% de cada uno de los mercados involucrados. Por el otro lado, las empresas intervinientes solo deben notificar cuando cuenten con menos del 20% de participación en el mercado relevante correspondiente.

La notificación consiste en el envío de una comunicación a la SIC con la información requerida por la Resolución 2.751 de 2021. La información será confirmada como recibida por la SIC, o se manifestará la necesidad de implementar un trámite de preevaluación dentro de los diez días siguientes al recibo de la comunicación.

En caso de que la autoridad de competencia requiera el trámite de preevaluación, este se divide en dos fases:¹⁸

- (i) Fase I:

¹⁷ Numeral 4, del Artículo 45 del Decreto 2.153 de 1992.

¹⁸ Ley 1.340 de 2009, Resolución 2.751 de 2021

- (a) La Resolución 2.751 de 2021 enlista la información que debe incluir la solicitud de preevaluación. A los tres días siguientes a la recepción de la solicitud, la SIC verificará que ésta contenga la información pertinente. En caso de que no cumpla con los requisitos de la Resolución 2.751, se requerirá a las empresas intervinientes la información faltante y el término de decisión se suspenderá hasta que se allegue la información.
 - (b) Una vez se haya verificado la solicitud, la SIC publicará el inicio del procedimiento en su página web, por si es el caso que terceros deseen suministrar información a la autoridad dentro de los diez días hábiles siguientes a su publicación.
 - (c) Dentro de los 30 días siguientes a la presentación de la solicitud completa de preevaluación, la SIC deberá determinar si se autoriza la integración y se da por terminado el procedimiento o si el estudio de la supuesta integración continua a la Fase II. El trámite de preevaluación procederá a Fase II cuando, de acuerdo con la información disponible, la SIC no pueda descartar los efectos negativos sobre la competencia que podría generar la operación de integración. En la Fase II se realiza un estudio de fondo que le permite a la SIC contar con más información para entender los efectos potenciales de la operación.
- (ii) Fase II:
- (a) La decisión de continuar con la Fase II será notificada a las partes, las cuales contarán con quince días hábiles para aportar la información establecida en el Anexo 2 de la Resolución 2.751 de 2021.
 - (b) Luego de que se haya allegado la información relativa al Anexo 2, la SIC tendrá tres meses para tomar una decisión final sobre la integración autorizada. La autoridad podrá autorizar la integración, la podrá autorizar con condicionamientos o la podrá objetar.

12.6 Recursos

Frente a la decisión del Superintendente de Industria y Comercio de objetar, condicionar o aprobar una integración, se puede interponer el recurso de reposición.

12.7 Incumplimiento obligación de notificar

El trámite de control de integraciones empresariales se debe realizar de manera previa a la materialización de la integración. El artículo 13 de la Ley 1.340 dispone que las empresas que tengan la obligación de tramitar una autorización previa de integración ante la SIC y no lo realicen, se verán sujetas a una investigación por prácticas restrictivas de la competencia. Adicionalmente, la SIC podrá ordenar la reversión de una operación de integración empresarial si ésta no fue informada o si se realizó antes de que la SIC emitiera una decisión al respecto. Lo anterior, en caso de que la autoridad determine que la operación tenía efectos contrarios al régimen de protección de la libre competencia.

12.8 Test sustantivo en cada tipo de operación

Con el fin de establecer la concentración y poder de mercado de los agentes que buscan integrarse, la Superintendencia utiliza los siguientes índices económicos para verificar los grados de concentración de las intervinientes en las participaciones de mercado:

- (i) Índice de concentración de Herfindahl y Hirschman (“IHH”): Este índice busca determinar la concentración del mercado. Si el IHH es menor a 1500, se entiende que el mercado es desconcentrado, por lo que no se requeriría un análisis tan severo sobre la concentración. Dentro de 1500 y 2500 el mercado es moderadamente concentrado, y si el IHH es superior a 2500 el mercado es altamente concentrado.
- (ii) Índice de asimetría KWOKA: “Este índice varía entre 0 y 1, 1 es el valor correspondiente a una estructura de mercado de monopolio”.¹⁹ Consecuentemente, cuando la asimetría aumenta, hay mayor riesgo de dominancia.
- (iii) Índice de dominancia STENBACKA: Esta prueba se realiza para determinar si la empresa que se busca integrar tiene una posición dominante en el mercado. Toma en cuenta “la participación en el mercado de la empresa líder y de la segunda empresa más importante, el índice de STENBACKA arroja un umbral de cuota de mercado para determinar si la empresa más grande tiene o no posición de dominio”.²⁰

Para aprobar, condicionar u objetar la integración, la SIC toma en cuenta estos tres índices con el fin analizar los grados de concentración existentes en los mercados relevantes analizados.

13. Etapas del procedimiento administrativo

13.1 Normativa aplicable

El artículo 52 del Decreto 2.153 de 1992 reúne lo esencial respecto del procedimiento administrativo para determinar la existencia de una práctica comercial restrictiva. El artículo ha sido sujeto de una serie de modificaciones, en particular, por parte de la Ley 1.340 de 2009. Adicionalmente, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1.437 de 2011) también es aplicable en lo no regulado por las normas enunciadas.

13.2 Inicio de la investigación

La SIC puede iniciar la etapa preliminar de un proceso de oficio o por solicitud de un tercero, con el fin de determinar la necesidad de abrir una investigación administrativa. Respecto a la admisibilidad de las denuncias de terceros (ciudadanos), esta etapa tiene el propósito de determinar si los hechos que han sido objeto de la denuncia ameritan iniciar una investigación preliminar, o si no ameritan ser analizados por la SIC. Una vez se hayan aclarado los hechos objeto de la investigación, se inicia formalmente la averiguación preliminar. En esta etapa, la autoridad procede a analizar si los hechos que son de su conocimiento pueden generar una infracción al régimen de libre competencia.

Vale destacar que las actuaciones y la información que se recauden durante el período de averiguación preliminar tienen el carácter de reservado.

¹⁹ Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 23645 del 27 de abril de 2022 “Por la cual se condiciona una operación de integración”.

²⁰ Ibid.

13.3 Pruebas

La SIC cuenta con las facultades para requerir información, practicar testimonios y efectuar visitas de inspección. En la fase de la averiguación preliminar, se obtiene el material probatorio que le permitirá cerrar la averiguación preliminar o abrir la fase de investigación. En la etapa de investigación, una vez notificada la resolución de apertura de la investigación, los investigados cuentan con veinte (20) días hábiles para solicitar y aportar pruebas. Durante la etapa de investigación, se surte el período probatorio, atendiendo a las normas de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y al Código General del Proceso para instruir dicha etapa, realizar el estudio de admisibilidad y realizar la valoración de las pruebas.

13.4 La decisión de iniciar la investigación

Una vez surtida la averiguación preliminar, si el análisis de los elementos probatorios recaudados permite inferir la posible comisión de una práctica reprochada por la regulación, la SIC deberá expedir un acto administrativo por medio del cual comienza la investigación en el sentido estricto. El acto administrativo debe estar debidamente motivado, de lo contrario carecería de validez.

El acto de apertura de investigación debe incluir la imputación de cargos que la Delegatura para la Protección de la Competencia formula en contra de los investigados.

La imputación es fundamental porque delimita el marco decisorio de la autoridad a la hora de sancionar, sin que la SIC pueda decidir acerca de comportamientos distintos a los imputados en el acto de apertura.

13.5 Trámite de notificación del acto administrativo de apertura

Este acto tiene por objeto comunicar a los investigados de las actuaciones administrativas que lo conciernen. Una vez notificado el acto a las partes, la resolución de apertura se debe publicar: (i) en la página web de la SIC; y (ii) en un diario de circulación regional o nacional.

13.6 Descargos de los investigados

Una vez notificado el acto administrativo de apertura, el investigado tiene la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y de contradicción a través del escrito de Descargos. En esta etapa, las partes pueden presentar sus consideraciones en relación con los hechos y pruebas contenidos en el acto de apertura. Además, los investigados pueden allegar o solicitar pruebas. Así, en esta etapa, los investigados pueden solicitar al Superintendente de Industria y Comercio la aceptación de unas garantías, y pueden, como última oportunidad, acogerse al programa de delación, allanarse a los cargos o ejercer la contradicción frente al pliego de cargos.

13.7 Decreto y práctica de pruebas

Una vez surtido el término para solicitar y aportar pruebas, se decreta un acto administrativo con el que se inicia formalmente el período probatorio de la investigación. Este acto: (i) resuelve las solicitudes probatorias de los investigados y terceros interesados del proceso; (ii) decreta pruebas de oficio; y (iii) puede resolver otras solicitudes procesales formuladas en los escritos de descargo.

13.8 Audiencia de alegaciones

Al finalizar la etapa probatoria, la Delegatura para la Protección de Competencia de la SIC, profiere una resolución por medio de la cual decreta el cierre de la etapa probatoria, y fija fecha y hora para la práctica de la audiencia de alegatos finales. En esta audiencia los investigados (y los terceros interesados) exponen de manera verbal sus argumentos.

13.9 Informe motivado

Al haberse finalizado la audiencia verbal, el Superintendente Delegado le presentará al Superintendencia de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción.²¹ El informe le recomienda el Superintendente de Industria y Comercio la imposición o no de una sanción por la infracción a las conductas imputadas. Se correrá traslado por veinte (20) días hábiles del informe motivado, con el fin de que los investigados le presenten al Superintendente de Industria y Comercio sus observaciones con relación a lo contenido en el informe.

13.10 Decisión

En esta etapa el Superintendente de Industria y Comercio adopta la decisión que pone fin a la actuación administrativa, determinando si se han cometido o no conductas contrarias al régimen de competencia.

13.11 Resultados de las investigaciones de la SIC

Las investigaciones podrán terminar mediante las siguientes vías:

- (i) El Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar el cierre de la investigación si, a su juicio, el infractor brinda garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga. Esta es una facultad discrecional del Superintendente.
- (ii) A través de una Resolución de archivo de la investigación por parte de la SIC, en caso de no encontrarse probada la vulneración al régimen de libre competencia.
- (iii) Expedición de un acto administrativo sancionatorio en la cual se puede: (i) imponer multas; y (ii) ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas contrarias al régimen de protección de la competencia.

13.12 Recursos

Respecto los actos administrativos expedidos por la SIC en el trámite administrativo sancionatorio, procede el recurso de reposición. Este tiene como objeto que la misma autoridad que profirió el acto controvertido aclare, modifique, adicione o revoque la decisión objeto de la controversia y, se puede interponer en el término de los diez días hábiles siguientes a su notificación.

Asimismo, la figura de la revocatoria directa se ha utilizado como un recurso en lo ateniendo a los procesos administrativos sancionatorios. La revocatoria directa es un mecanismo de control de

²¹ Artículo 52, Decreto 2.153 de 1992.

la administración sobre sus propios actos. Este mecanismo busca la revocatoria de los actos administrativos cuando se argumente que el acto es lesivo de la constitucionalidad, de la legalidad o de derechos fundamentales. Se puede iniciar de oficio por petición de alguna de las partes afectadas por el acto administrativo. Su clasificación como un recurso adicional no es clara, sin embargo, “se califica por algunos como un recurso extraordinario”.²²

14. Control Contencioso-Administrativo

Las decisiones de la SIC en materia de libre competencia administrativa pueden ser controvertidas a través de un control jurisdiccional. Este control es realizado por jueces o tribunales dependiendo de la cuantía de la decisión controvertida.

Cómo las decisiones proferidas por la SIC son actos administrativos, la vía para controvertir estos actos en sede judicial es a través de la acción de nulidad y restablecimiento de derecho. Esta acción está regulada en el artículo 138 de la Ley 1.437 de 2011, la cual dispone que *“toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño”*.

La acción será procedente en caso de que se demuestre que el acto fue expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse, en forma irregular, mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Cómo se mencionó, la acción puede ir dirigida a los siguientes órganos:

- (i) Jueces administrativos: Conocerán en primera instancia de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos cuando la cuantía no exceda 500 SMLMV. Cómo se mencionó, estas decisiones pueden ser apeladas ante los Tribunales Administrativos.
- (ii) Tribunales Administrativos: Conocerán en primera instancia de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda 500 SMLMV. Adicionalmente, conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.
- (iii) Consejo de Estado: Conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos. Este es el máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, no hay forma de apelar su decisión.

15. Daños

Cuando un agente del mercado comete una conducta contraria al régimen de protección de la libre competencia, no solo vulnera un bien jurídico de interés general. La conducta también produce consecuencias individuales en los particulares, tanto en personas jurídicas como naturales. Por ende, el derecho de la competencia puede ser aplicado de forma privada, esto es,

²² Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 4983-05. Radicado 11001-03-25-000-2005-00114-00- (23 de febrero, 2011). C.P: Gerardo Arenas Monsalve.

con la finalidad de reconocer los perjuicios causados mediante la ejecución de conductas anticompetitivas.

Para proteger el régimen de libre competencia, la SIC tiene facultades administrativas de investigación y sanción. Sin embargo, en lo relativo a perjuicios individuales, no cuenta con un régimen particular para indemnizar daños y perjuicios individuales. Por ende, se debe acudir al régimen de responsabilidad civil general como el medio adecuado para buscar el resarcimiento de los perjuicios causados por la conducta anticompetitiva. Lo anterior, ya sea a través de la acción de responsabilidad civil, las acciones populares o las acciones de grupo.

El artículo 2.341 del Código Civil colombiano establece que: *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”*. Así, este artículo deja claro que quien infringe el régimen de protección de la libre competencia, también es responsable de los perjuicios que sus acciones le causen a particulares. De esta forma, las acciones que solicitan una indemnización en estos casos se pueden llevar ante la jurisdicción ordinaria. Lo anterior sin perjuicio de las facultades sancionatorias de la SIC en el régimen administrativo.

Estos procesos siguen las mismas reglas que un proceso de responsabilidad civil ordinario, donde el demandante tiene distintas vías para solicitar la indemnización de perjuicios. Por ejemplo, se puede interponer una acción civil de responsabilidad o una acción de grupo, dependiendo del tipo de resultado que se busque. Ambas deben ir dirigidas ante jueces de la jurisdicción ordinaria.

No obstante, el reconocimiento de perjuicios y la indemnización de daños en materia de libre competencia no es una práctica consolidada en Colombia. Si se busca desarrollar de forma paralela al procedimiento administrativo un esquema efectivo de reparación de daños, se debe complementar el régimen general de responsabilidad civil con elementos que hagan referencia específica al régimen de protección de la libre competencia.

Es relevante mencionar que, si bien este tipo de acciones han sido interpuestas en instancias civiles, ninguna ha resultado en una decisión final respecto a conductas anticompetitivas.

15.1 Acción de responsabilidad civil

- (i) Normativa aplicable: La causal de responsabilidad civil está prevista en los artículos 1.604 a 1.617 y 2.341 del Código Civil colombiano y corresponde a la acción que interpone una persona que detenta el rol de víctima ante la jurisdicción ordinaria con el fin de ser indemnizada por los daños que le fueron causados.

Esta acción da lugar a un proceso de responsabilidad civil en el que el juez debe determinar si uno o varios agentes son responsables del daño causado a otra persona. Para ello, el juez civil debe estudiar la configuración de los elementos de la responsabilidad tales como: la culpa, el hecho generador del daño, el daño y la relación de causalidad entre estos dos elementos. De probarse esta responsabilidad civil, el juez ordenará al demandado reparar los daños causados a la víctima.

- (ii) Prescripción: El plazo de prescripción de la acción civil es de 10 años desde la comisión de la conducta anticompetitiva.

15.2 Acción de grupo

- (i) Normativa aplicable: Cuando son varias las víctimas de una conducta anticompetitiva y reúnen condiciones uniformes respecto de la conducta realizada, es posible que en conjunto interpongan acción de grupo para el reconocimiento y pago de los daños y perjuicios que les hayan causado. Esta acción se encuentra regulada en el artículo 3° de la Ley 472 de 1998.

Con esta acción de grupo, los afectados pueden solicitar conjuntamente en instancias judiciales la reparación de los daños causados al grupo con los efectos anticompetitivos de la conducta restrictiva. Esta acción tiene la ventaja de abrir las puertas de un procedimiento especial para “*determinar la responsabilidad por la realización de determinados hechos que atenten contra los intereses individuales de un buen número de personas*” y así “*simplificar el acceso a la administración de justicia*” de un grupo de víctimas.

En este sentido, no es necesario que cada víctima de una conducta anticompetitiva (que forme parte del grupo) interponga una acción de responsabilidad civil de forma individual con los costes y duración que ello implica, ya que tienen la posibilidad de utilizar la acción de grupo.

- (ii) Prescripción: De acuerdo con la Ley 472 de 1998, la prescripción de esta acción es de 2 años a partir del cese de la acción anticompetitiva.

15.3 Acción de competencia desleal por violación de normas

- (i) Normativa aplicable: El artículo 18 de la Ley 256 de 1996 establece un mecanismo apropiado para buscar compensación por los daños causados debido a prácticas que restringen la competencia, a través de un proceso judicial. Este artículo reprocha las ventajas obtenidas en el mercado como resultado de la violación de una norma legal. Específicamente, el artículo declara lo siguiente:

“ARTÍCULO 18. VIOLACIÓN DE NORMAS. Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa.”.

Según la SIC, la violación de normas se configura cuando se cumplen los siguientes elementos: (i) la infracción de una norma diferente a las contempladas en la Ley 256 de 1996; (ii) la obtención efectiva en el mercado de una ventaja competitiva como resultado de la norma violada; y (iii) que la ventaja obtenida sea significativa.²³

En consecuencia, si un competidor ha infringido el régimen de protección de la libre competencia y ha obtenido una ventaja competitiva significativa como resultado que se cumplen los requisitos del artículo mencionado, lo que permite buscar indemnización por los daños derivados de la infracción de la norma

- (ii) Prescripción: De acuerdo con el artículo 23 de la Ley 256 de 1996, las acciones de competencia desleal prescriben a los dos años a partir del momento en que el legitimado

²³ Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Sentencia No. 025 del 29 de abril de 2011.

tuvo conocimiento de la conducta reprochada, y en todo caso, después de tres años contados a partir de la realización del acto.

16. Acción popular

16.1 Normativa aplicable

La acción popular se establece en el ordenamiento jurídico colombiano como una herramienta procesal para la protección de los derechos e intereses colectivos, en la Ley 472 de 1998. La acción popular se ejerce para evitar el daño contingente, poner fin al peligro, amenaza, vulneración o lesión de los derechos e intereses colectivos, o restablecer las condiciones a su estado anterior cuando sea posible. En ese sentido, aclaramos que esta no es una acción indemnizatoria por medio de la cual se puedan solicitar perjuicios. Sin embargo, es importante incluirla por su rol en la defensa de la libre competencia.

De su definición, se puede afirmar que los juicios colectivos sirven para proteger los derechos de la comunidad de dos formas: (i) *ex ante*, para evitar los daños que puedan ocurrir y respecto de los cuales exista amenaza o peligro de ocurrencia; o (ii) *ex post*, para restaurar las condiciones al estado que tenían antes de que ocurriera el daño. En cuanto a la reparación de las víctimas, es importante el efecto *ex post* de una acción popular, ya que a través de este instrumento jurídico cualquier particular, en protección de la comunidad, puede solicitar al agente infractor que restablezca el estado de condiciones en que se encontraba antes de la conducta anticompetitiva.

Prescripción: El plazo de prescripción de la acción popular es de 5 años desde la comisión de la conducta anticompetitiva.

Ecuador

Ecuador

Mario Navarrete Serrano

Abreviaturas

Constitución	Constitución de la República del Ecuador
COA	Código Orgánico Administrativo
LORCPM	Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado
RLORCPM	Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.
Instructivo procesal	Instructivo de gestión procesal administrativo.
Instructivo de tratamiento de información	Instructivo para el tratamiento de la información dentro de la SCE
LOTAIP	Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública
Junta	Junta de Regulación
SCE	Superintendencia de Competencia Económica
IGT	Intendencia General Técnica
CRPI	Comisión de Resolución de Primera Instancia
INCCE	Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas
INICAPMAPR	Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas
INICPD	Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales
INAC	Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia
INJ	Intendencia Nacional Jurídica

1. Antecedentes generales

1.1 Marco normativo

El régimen de competencia ecuatoriano está principalmente contenido en:

1.2 Constitución

Existen varios artículos relevantes para la construcción del régimen de competencia ecuatoriano. En primer lugar, el artículo 304 prescribe la prevención de prácticas monopólicas como parte de los objetivos para el desarrollo de la política comercial nacional. Asimismo, la Constitución establece que el fin último del régimen de competencia es precautelar los derechos económicos y los bienes públicos y colectivos, por lo que el Estado debe asegurar la eficiencia en los

mercados¹ y sancionar “cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal”². En complemento al deber estatal de sanción, el artículo 213 establece que las superintendencias son los organismos técnicos de control (se incluye la potestad sancionatoria) de las actividades económicas con influencia en el interés general. Adicionalmente, la norma constitucional prescribe en el artículo 227 que la actuación de la administración pública, al constituir un servicio a la colectividad, deberá regirse por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación³.

1.3 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

La LORCPM es el único cuerpo normativo de rango de ley orgánica especializado en asuntos de libre competencia y competencia desleal. La SCE fue creada en 2012, mediante la LORCPM, publicada en el Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011.⁴ En su parte sustantiva la LORCPM regula sobre una serie de conductas que pueden afectar al mercado, a saber: abusos de poder de mercado (abuso de posición dominante)⁵, acuerdos y prácticas restrictivas⁶, operaciones de concentración económica⁷ y prácticas desleales agravadas⁸.

Dentro de la ley también se incorpora un régimen de ayudas públicas⁹ y barreras regulatorias¹⁰. Sin embargo, las facultades de la SCE en estas materias son acotadas y se limitan a la emisión de recomendaciones no vinculantes.

Finalmente, la LORCPM instauró a la SCE como el órgano encargado de aplicar la ley y sancionar.

1.4 Otros cuerpos legales

- Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.¹¹
- Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones.
- Ley Orgánica de Telecomunicaciones.¹²

¹ Artículo 335, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449 de 20 de octubre de 2008.

² Artículo 336, Constitución de la República del Ecuador.

³ Artículo 227, Constitución de la República del Ecuador.

⁴ LORCPM, R.O. Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011.

⁵ Artículo 9 LORCPM,

⁶ Artículo 11, LORCPM.

⁷ Artículo 14, LORCPM.

⁸ Artículo 26, LORCPM.

⁹ Artículo 29, LORCPM.

¹⁰ Artículo 28, LORCPM.

¹¹ LORCPM, Registro Oficial 697 de 23 de abril de 2012, última reforma de 18 de octubre de 2022.

¹² Ley Orgánica de Telecomunicaciones, Registro Oficial Suplemento 439 de 10 de febrero de 2015. El Título IV del cuerpo normativo (artículos 26 – 34) contiene normas sobre la regulación sectorial para

1.5 Regulaciones internas establecidas por la SCE y la Junta de Regulación

Las normas internas más relevantes, emitidas por la SCE, son las siguientes:

- Instructivo de gestión procesal administrativa.¹³
- Instructivo para el tratamiento de la información dentro de la SCE.¹⁴
- Instructivo para la identificación y revisión de barreras normativas.¹⁵
- Instructivo gestión y ejecución compromisos de cese.¹⁶
- Instructivo para el otorgamiento de beneficios de exención o reducción del importe de la multa de la Superintendencia de Competencia Económica.¹⁷
- Resolución No. 011 de la Junta – Determinación de mercados relevantes.¹⁸
- Resolución No. 009 de la Junta – Determinación de umbrales para notificación obligatoria.¹⁹
- Resolución No. 012 de la Junta – Determinación del importe de multas.²⁰
- Resolución No. 003 de la Junta – Determinación cuotas de mercado cubiertos por regla de minimis.²¹

1.6 Lineamientos y guías de la SCE

En adición a la normativa vinculante, la SCE también está facultada para emitir guías destinadas a desarrollar conceptos e instituciones que forman parte del régimen de competencia ecuatoriano. Hasta el momento, la agencia ecuatoriana ha elaborado las siguientes guías:

promover y/o preservar las condiciones de competencia en los mercados que forman parte de la cadena de valor en telecomunicaciones.

¹³ Registro Oficial Suplemento 439 de 31 de octubre de 2023.

¹⁴ Registro Oficial Suplemento 439 de 27 de octubre de 2023.

¹⁵ Registro Oficial Suplemento 374 de 5 de enero de 2021.

¹⁶ Registro Oficial Suplemento 47 de 29 de marzo de 2022.

¹⁷ Registro Oficial 52 de 8 de agosto de 2019.

¹⁸ Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial 885 de 18 de noviembre de 2016.

¹⁹ Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento 622 de 06 de noviembre de 2015.

²⁰ Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Última reforma Registro Oficial Segundo Suplemento 450 de 04 de diciembre de 2023.

²¹ Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial 291 de 17 de julio de 2014.

- Guía de aplicación de las conductas desleales contenidas en la LORCPM (2023).²²
- Guía para la investigación de acuerdos y prácticas restrictivas (2021).²³
- Guía de *compliance* en Competencia (2021).²⁴
- Guía para la investigación de conductas de abuso del poder de mercado (2021).²⁵
- Guía de buenas prácticas para la prevención de acuerdos colusorios entre oferentes de la contratación pública (2022).²⁶

Existe una discusión sobre la facultad de la SCE para emitir normas generales y vinculantes (i.e., regulación *ex ante*). Durante los primeros años de la Superintendencia se emitieron algunas de estas guías que después fueron declaradas ilegales o simplemente derogadas.²⁷

1.7 Jurisprudencia

No existen precedentes vinculantes²⁸ que traten sobre el análisis material de conductas anticompetitivas. Sin perjuicio de lo anterior, la SCE, al sustanciar sus expedientes, acoge los criterios jurisprudenciales sobre instituciones procesales comunes (como el estándar de motivación aplicable a toda resolución) dictados por la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional.

Ahora, existen pocos casos de la Corte Nacional de Justicia donde se hayan decidido asuntos de fondo. Uno de ellos es el caso RECAPT²⁹, donde la Corte equivocadamente, para juicio de la SCE³⁰, concluyó que no existen prácticas por objeto anticompetitivas, sino que todas requerían un análisis de todas las circunstancias donde la carga de la prueba yace con la agencia.

²² Disponible en: <https://www.sce.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2023/09/Guia-CC%81a-de-aplicacio%CC%81n-de-las-conductas-desleales-contenidas-en-la-LORCPM-2020.pdf>

²³ Disponible en: <https://www.sce.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2023/09/Guia-CC%81a-para-la-investigacio%CC%81n-de-acuerdos-y-pra%CC%81cticas-restrictivas-2021.pdf>

²⁴ Disponible en: <https://www.sce.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/09/Guia-Compliance-en-Competencia-SCPM-INAC-DNPC-002-.pdf>

²⁵ Disponible en: <https://www.sce.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2023/09/Guia-CC%81a-para-la-investigacio%CC%81n-de-conductas-de-abuso-del-poder-de-mercado-2021.pdf>

²⁶ Disponible en: <https://www.sce.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2022/03/Guia-de-buenas-practicas-para-la-prevencion-de-acuerdos-colusorios-entre-oferentes-de-contratacion-publica-.pdf>

²⁷ Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Resolución No. JRCPM-SA-2023-003 de 29 de septiembre de 2023. Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el sector de los Supermercados y/o similares con sus proveedores de las MYPES, OEPS, artesanos, y pequeños productores.

²⁸ En Ecuador, para que las decisiones de la Corte Nacional de Justicia sean vinculantes, requieren de 3 pronunciamientos sobre la misma institución y en el mismo sentido. Artículo 185, Constitución de la República: *“Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o sí ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria. (...)”*

²⁹ Corte Nacional de Justicia. Sentencia de 27 de enero de 2023. Juicio No. . 17811-2016-01852.

³⁰ SCE. Resolución de 2 de noviembre de 2022. Expediente No. SCPM-CRPI-016-2022.

Por fuera de este caso, que actualmente no se utiliza como referencia, existen otros como las decisiones de Kimberly Clark³¹, pero en donde la Corte no llegó a realizar pronunciamientos que supongan una innovación material.

Para realizar el análisis de fondo, la agencia asigna un importante valor a decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

1.8 Diseño institucional

El régimen está organizado a través de dos instituciones, una con facultades regulatorias y la segunda, encargada del control, vigilancia y sanción.

La Junta de Regulación de Control del Poder de Mercado es competente para ejercer la rectoría en la formulación de políticas públicas y su planificación en el ámbito de la LORCPM, además de expedir actos normativos en relación con la LORCPM³². La Junta pertenece al Ejecutivo y está compuesta por delegados de varios ministerios.

De otro lado, existe un modelo integrado por el cual se investigan y sancionan las prácticas anticompetitivas dentro de la misma SCE³³. La investigación es realizada por las distintas intendencias, quienes entregan sus informes finales a la CRPI (órgano colegiado de sustanciación y resolutorio) para que determine la existencia o inexistencia de una infracción a la ley. Las resoluciones de la CRPI pueden ser impugnadas ante el Superintendente de Competencia Económica o ante los tribunales contencioso administrativos pertenecientes a la justicia ordinaria. La SCE forma parte de la Función de Transparencia y Control Social.

1.9 Evolución del sistema

En la Constitución de 1979 aparece la primera norma ecuatoriana sobre libre competencia, que indicaba “[s]e prohíbe y la ley reprime, cualquier forma de abuso de poder económico, inclusive uniones y agrupaciones de empresas que tiendan a dominar los mercados nacionales, a eliminar la competencia o aumentar arbitrariamente los lucros”. Posteriormente, en la Constitución de 1998 se incluyó un artículo que estipulaba: “[d]entro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: [...] Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen.”

Pese a estas inclusiones, no se crearon leyes que permitan instaurar un régimen de competencia específico en Ecuador. Por ejemplo, en 1999, 2005 y 2009, se presentaron proyectos ante el poder legislativo ecuatoriano que no lograron votos suficientes para aprobarse.

Los fallidos intentos de instaurar un régimen propio fueron suplidos por la Decisión 608, emitida en marzo de 2005. En el artículo 51 de la Decisión, se estableció un régimen transitorio que disponía que ésta entre en vigencia dentro del territorio ecuatoriano dos años después de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. En aplicación de esta transitoria se

³¹ Corte Nacional de Justicia. Sentencia de 10 de septiembre de 2021. Juicio No. 09802-2017-00767.

³² Artículo 35, LORCPM y Artículo. 14, RLORCPM.

³³ Artículo. 36, LORCPM.

creó la Subsecretaría de Competencia dentro del Ministerio de Industrias y Comercio. En el 2009 se encargó a la subsecretaría la investigación de prácticas anticompetitivas.³⁴

Ecuador tuvo que esperar hasta octubre de 2011 para tener un régimen local propio en materia de competencia. La LORCPM, inspirada en la Ley de Defensa de la competencia española³⁵, fue la primera norma interna de rango de ley orgánica en la materia.

Hasta el momento se ha realizado una sola enmienda material a la LORCPM, publicada en mayo de 2023³⁶. Sin embargo, está tramitándose en sede legislativa el proyecto de Ley Orgánica de Competencia Desleal, que introduce modificaciones trascendentes al régimen actual.

La reforma de mayo de 2023 incluyó algunos elementos relevantes:

- Se derogaron los abusos de poder de mercado en situación de dependencia económica.
- Se incluye la aplicación del procedimiento administrativo sancionador (recogido en el libro tercero del COA) para todas las infracciones no derivadas de conductas anticompetitivas. Este es un proceso expedito que resulta en una resolución de primera instancia en menos de un año.
- Se tipificó la posibilidad de sancionar los abusos de poder de mercado que potencialmente impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia o afecten la eficiencia en los mercados (las decisiones de la SCE ya apuntaban en este sentido, pero ahora se incluyó expresamente la dimensión prospectiva de los abusos de poder de mercado³⁷).
- Se introdujo una definición abierta para prácticas por objeto anticompetitivas en reemplazo de la lista taxativa que existía³⁸.

³⁴ Decreto ejecutivo No. 1614. Registro Oficial No. 89 de 2 de octubre de 2009. La Subsecretaría conoció los primeros casos de libre competencia en Ecuador, por ejemplo los casos: ARCA Ecuador S.A. (2011), Pfizer (2009) y LAN-Tame (2009). De ellos, el caso de Pfizer concluyó en sanción por abusarse de un derecho de propiedad intelectual.

³⁵ Ley de Defensa de la Competencia 15/2007 de España de 3 de julio de 2007.

³⁶ LORCPM, reformado el 16 de mayo de 2023, R.O.Suplemento 311. Ley Orgánica Reformativa de Diversos Cuerpos Legales, para el fortalecimiento, protección, impulso y promoción de las organizaciones de la economía popular y solidaria, artesanos, pequeños productores, microempresas y emprendimientos, publicada en mayo de 2023. Sobre la ley, véase: Brown, Alberto, El proyecto de reforma a la ley de competencia ecuatoriana: Aspectos negativos, CentroCompetencia, 25 de enero de 2023, disponible en:

<https://centrocompetencia.com/proyecto-de-reforma-a-la-ley-de-competencia-ecuadoriana-aspectos-negativos/>; Navarrete, Mario, La reforma publicada de la ley de competencia no es la que la Asamblea Nacional aprobó, CentroCompetencia, 19 de julio de 2023, disponible en:

<https://centrocompetencia.com/reforma-publicada-ley-competencia-no-es-asamblea-nacional-aprobo/>.

³⁷ SCE. Resolución de 9 de febrero de 2023. Expediente No. SCPM-INJ-22-2022.

³⁸ El artículo 8 del antiguo RLORCPM incluía la siguiente lista específica de prácticas por su objeto anticompetitivo: “Art. 8.- Presunción de práctica restrictiva.- Se presumirá que tienen por objeto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, que afectan negativamente a la eficiencia económica y al bienestar general, todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general cualquier acto o conducta realizados por dos o más operadores económicos, competidores, reales o potenciales, que directa o indirectamente:

1. Fijen de manera concertada o manipulen precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambien información con el mismo objeto o efecto.

- Se eliminó la prohibición de conductas conscientemente paralelas.
- Se cambió el nombre de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado a Superintendencia de Competencia Económica.
- Se aclara la obligación que tienen las instituciones públicas de notificar a la SCE sobre ayudas públicas otorgadas.
- Se eliminó la obligación de determinar el mercado relevante para los procedimientos administrativos sancionadores que no se deriven del cometimiento de conductas anticompetitivas.
- Se derogó el recurso de reposición (recurso presentando ante el propio órgano que tomó la decisión a fin de que revoque o reforme su acto administrativo).
- Se elevó a rango de ley la posibilidad de calificar a la información obtenida en el transcurso de una investigación como confidencial. Actualmente, esta facultad se encuentra establecida en el RLORCPM (rango infra legal).
- Se ampliaron las facultades que tiene la SCE para identificar y sancionar prácticas y conductas que afecten a organizaciones de la economía popular y solidaria (alejándose de los objetivos tradicionales del régimen de libre competencia. De manera específica, ahora se permite que la SCE conozca y sancione, como si se trataran de ilícitos antitrust, a violaciones que no guardan relación con el mercado y la libre competencia, sino puramente con derechos de consumidores).

1.10 Tipología de libre competencia y ámbito de protección

Existen varios tipos sancionatorios en la LORCPM. Cada tipo atiende una práctica anticompetitiva en específico.

- En primer lugar, el artículo 9 recoge los abusos de poder de mercado. Se sanciona que uno o varios (dominancia colectiva) operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.
- El artículo 11 sanciona los acuerdos y prácticas restrictivas (ya sean verticales u horizontales, por su objeto o efecto).

2. Repartan, restrinjan, limiten, paralicen, establezcan obligaciones o controlen concertadamente la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios.

3. Repartan de manera concertada clientes, proveedores o zonas geográficas.

4. También están sujetos a la presunción establecida en este artículo los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público. Para los casos de prácticas entre competidores, reales o potenciales, distintas a las señaladas en este artículo, así como las prácticas entre no competidores, reales o potenciales, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado analizará, caso por caso, si la conducta tiene por objeto o efecto, real o potencial, impedir, restringir falsear o distorsionar la competencia, afectar negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.”

- Entre los artículos 14 al 25 se establece el régimen de control de concentraciones y las sanciones para aquellas concentraciones que no se notifican en los términos ordenados por la ley.
- A partir del artículo 25 se incluye el régimen de competencia desleal. El artículo 26 sanciona las prácticas de competencia desleal agravada. Este artículo sanciona los hechos, actos o prácticas desleales –cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten– cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

En la reforma de mayo de 2023 se ampliaron las facultades para investigar y sancionar actos de competencia desleal como si se trataran de infracciones a la libre competencia. Específicamente, se incluyó una sanción contra los actos de competencia desleal que afecten o puedan afectar a los derechos de los usuarios y consumidores, independientemente de que puedan o no falsear el régimen de competencia, siempre y cuando se demuestre que son realizados de forma generalizada, o que tengan una afectación, masiva hacia los usuarios y consumidores.

La LORCPM también incluye un régimen de ayudas públicas³⁹. Por medio de las ayudas públicas se autoriza al Estado para otorgar una ventaja o beneficio económico a determinados operadores económicos, a fin de beneficiar el interés general o a los consumidores. Las facultades de la SCE sobre control de ayudas públicas le permiten únicamente emitir informes no vinculantes instando su supresión o modificación en caso en que las ayudas se estén aplicando de manera abusiva o sean contrarias al objeto de la LORCPM⁴⁰.

Finalmente, la Junta de regulación puede establecer restricciones a la competencia por medio de una resolución motivada, siempre que persiga el desarrollo de una industria nacional (monopolio estatal, sectores estratégicos y servicios públicos) o para favorecer la economía popular y solidaria⁴¹.

1.11 Sujetos pasivos de las acciones de libre competencia

La LORCPM toma una aproximación funcional al momento de establecer los sujetos a las normas de competencia. En la medida en la que un operador realice actividades económicas, es sujeto de las normas de competencia.

En esta línea de ideas, el artículo 2 indica que las acciones pueden estar dirigidas contra “todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país”⁴².

³⁹ Artículo 28, LORCPM.

⁴⁰ Artículo 31, LORCPM.

⁴¹ Artículo 28, LORCPM.

⁴² Artículo 2, LORCPM.

1.12 Extraterritorialidad

El ámbito de vigencia territorial de la ley sí cubre a actos cometidos fuera del Ecuador: “*en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional*”⁴³.

2. Régimen general de sanciones

Según el artículo 78, las infracciones a la ley pueden ser catalogadas como leves, graves y muy graves. La LORCPM prescribe que el cálculo de la multa se realizará, por regla general, con base en el volumen total de negocios del operador económico infractor⁴⁴. Sin embargo, esa posibilidad se modera en el artículo 96 del RLORCPM, donde se dice que las sanciones deben considerar únicamente los ingresos del operador económico infractor en el mercado relevante.

En la reciente reforma al instructivo de multas⁴⁵, sin embargo, la SCE volvió a contemplar la posibilidad de que las sanciones se calculen con base en la totalidad del volumen de negocios del operador infractor, para ciertas infracciones que no tienen un componente anticompetitivo (como impedir una inspección o entregar información engañosa); específicamente para aquellas en donde existen obligaciones previas que el infractor está incumpliendo, como en el caso de violación de resoluciones de la SCE.

De cualquier forma, independientemente del monto base para el cálculo, las infracciones leves son sancionadas con una multa de hasta el 8%, las infracciones graves con una multa de hasta el 10% y las infracciones muy graves con una sanción de hasta el 12% del volumen total de negocios. La fórmula específica de cálculo y las variables para cada sanción se desarrollan con detalle en la guía de sanciones.

Por fuera de este régimen general existen dos excepciones. La primera, en caso de que el volumen de negocios no pueda ser calculado: la multa se basa en un número determinado de remuneraciones básicas unificadas (**RBU**), dependiendo de la categorización de la infracción. Al 2024, la RBU es de 460 dólares estadounidenses, de manera que el cálculo aproximado es:

- Infracciones leves: 50 a 2.000 RBU: USD 22.500 a 900.000.
- Infracciones graves: 2001 a 40.000 RBU: USD 900.450 a 18.000.000.
- Infracciones muy graves: Más de 40.000 RBU: más de USD 18.000.000.

El segundo, en caso de que los beneficios obtenidos por la infracción superen los umbrales establecidos en la Ley, la sanción igualará los beneficios obtenidos. Esta excepción se ha

⁴³ Ibid.

⁴⁴ No obstante, el artículo 96 del RLORCPM, junto a la resolución SCE-DS-2023-18, establece que el cálculo de la multa se realizará sobre el “*volumen de negocios realizado en el mercado o mercados relevantes afectados por la infracción investigada*”. En la práctica, la SCE se remite al reglamento y no a la ley.

⁴⁵ SCE. Resolución No. SCE-DS-2023-18 de 16 de noviembre de 2023, R.O. Suplemento 348. Metodología para la determinación del importe de multas por el cometimiento de infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

utilizado en casos de colusión en compras públicas, donde los investigados son personas naturales.

En cuanto a la responsabilidad de personas naturales, la LORCPM permite sancionar a los representantes legales y miembros de los órganos directivos de las firmas que hayan incurrido en una infracción muy grave, con una multa de hasta 500 RBU⁴⁶, según el grado de intervención en la ejecución de la conducta.

Para determinar el grado de intervención, la metodología para la imposición de multas por infracciones a la ley establece que tomará en cuenta: (i) el tipo de compañía; (ii) el tipo de accionista o socio; (iii) el sistema de gobernanza; (iv) la capacidad de voto del sancionado; y (v) la intención del voto o gestión.

Por fuera del régimen de sanciones, la LORCPM incluye la posibilidad de que un operador presente compromisos de cese en cualquier momento de la investigación, e incluso antes de que una inicie. La particularidad de los compromisos de cese en Ecuador es que requieren de la aceptación expresa de una infracción, además de asegurar el cese de la conducta y una propuesta para subsanar sus efectos. La SCE tiene la posibilidad de aceptar, modificar o rechazar la propuesta en un término de cuarenta y cinco días desde que ha sido presentada⁴⁷.

3. Proyectos en tramitación

Actualmente existe un proyecto en trámite que introduce reformas sustantivas al régimen de competencia ecuatoriano:

3.1 Proyecto de ley orgánica de competencia desleal

El proyecto de ley orgánica de la competencia desleal separa el régimen de libre competencia y el de competencia desleal⁴⁸. De aprobarse, la LORCPM trataría únicamente sobre conductas relacionadas con libre competencia, mientras que la competencia desleal quedaría bajo la organización de la nueva ley. Entre los cambios más importantes se encuentran:

- Se reforma el artículo 1 de la LORCPM. Por medio del proyecto de ley se pretende que la LORCPM no abarque dentro de su objeto la prohibición y sanción de prácticas desleales.
- Se incluye la facultad expresa para que los jueces civiles conozcan actos de competencia desleal, a menos que se trate de actos agravados.
- Se tipifica la necesidad de prejudicialidad para abrir un proceso por violación de normas.
- Se cambia de estándar en la cláusula general de competencia desleal. Se migra desde “cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios” a “puedan distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de la persona

⁴⁶ Artículo 79, LORCPM.

⁴⁷ Artículo 89, LORCPM.

⁴⁸ [Proyecto de Ley Orgánica de Competencia Desleal](#), presentado el 03 de octubre de 2022.

consumidora media” (es decir, convierte al estándar del consumidor medio, que ya es incluido en el régimen actual, como el parteaguas de la calificación de antijuridicidad).

- Se desarrolla el concepto del consumidor medio, definiéndose como la persona representativa de la clientela en general, cuyo nivel de percepción y conocimiento de las características de determinado bien o servicio se encuentra influenciado por la información suministrada por los anunciantes.
- Se crea como acto típico a las prácticas de venta piramidal.
- Se reafirma la regla de la competencia desleal agravada, bajo el concepto ampliado que se incluyó en el régimen a partir de la reforma de 2023.
- La carga de la prueba sigue correspondiéndole a la SCE, a excepción de los casos de actividades publicitarias, donde la carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones realizadas corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. Esto significa que en todos los casos donde se realice una afirmación (engaño, denigración, comparación, etc.), la carga es del anunciante. Esta es una modificación importante en relación con el régimen actual, donde la inversión de la carga de la prueba está dispuesta solamente para engaños.
- Se determina que el dinero pagado por multas será utilizado para promover campañas de competencia leal.

4. Estructura orgánica de la institucionalidad

En Ecuador la institución a cargo del control es la SCE. En ella se subsumen todas las intendencias, ya sean de control o administración y la CRPI. En esta sección explicamos la estructura de las intendencias que tienen responsabilidades vinculadas a la aplicación de la ley, dejando por fuera las administrativas⁴⁹.

4.1 Superintendente de Control del Poder de Mercado (LORCPM. Artículos 36 – 52)

- (i) Composición: El Superintendente de Competencia Económica es la máxima autoridad en la SCE. Debe ser ecuatoriano, tener derechos de participación, tener título académico de cuarto nivel en materias de competencia económica y contar con experiencia profesional de al menos 10 años.
- (ii) Designación: Es nombrado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, parte de la función de Transparencia y Control Social, quien recibe del Ejecutivo una terna de candidatos.
- (iii) Periodo: 5 años, puede ser reelegido por una sola ocasión.
- (iv) Remoción: (i) Término del periodo de sus funciones; (ii) sentencia condenatoria ejecutoriada; (iii) incompatibilidad superviniente; (iv) incapacidad mental o física, comprobada por la Asamblea Nacional, cuando le impidiere ejercer su cargo durante

⁴⁹ Las intendencias administrativas tienen responsabilidades que no son relevantes para el análisis, como talento humano o comunicación.

más de 180 días; (v) censura y destitución previo enjuiciamiento político conforme la Constitución; (vi) muerte; y por último, (vii) renuncia voluntaria.

- (v) Número de profesionales: 186⁵⁰ personas. El despacho de la SCE está conformado por 6 personas.
- (vi) Presupuesto anual: USD 5.333.367,12.
- (vii) Unidades internas: la estructura institucional de la SCE se divide en intendencias. La Intendencia General Técnica, que está a cargo de la gestión y funcionamiento de las intendencias que realizan investigaciones,⁵¹ y la Comisión de Resolución de Primera Instancia, como órgano sancionador.

4.2 Intendencia General Técnica

- (i) Composición: Intendente General Técnico.
- (ii) Designación: la designación de los funcionarios está a cargo del Superintendente⁵².
- (iii) Número de profesionales: 4 personas.
- (iv) Unidades Internas: Dirección Nacional de Control Procesal.

4.3 Intendencia Nacional Jurídica (INJ)

- (i) Composición: Intendente Nacional Jurídico.
- (ii) Designación: la designación de los funcionarios está a cargo del Superintendente⁵³.
- (iii) Número de profesionales: 12 personas.
- (iv) Unidades Internas: Dirección Nacional de Patrocinio y Recursos Administrativos, Dirección Nacional de Normativa y Asesoría Jurídica y Dirección Nacional de Recaudación y Coactiva.

4.4 Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (INICPD)

- (i) Composición: Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

⁵⁰ Esta información corresponde a enero de 2023, según el distributivo de personal publicado por la SCE, en cumplimiento del Artículo 7 LOTAIP.

⁵¹ Es decir: la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado y Prácticas Restrictivas (INICAPMAPR), la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (INICPD), la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas (INCCE) y la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia (INAC).

⁵² Artículo 44 numeral 8, LORCPM.

⁵³ Artículo 44 numeral 8, LORCPM.

- (ii) Designación: la designación de los funcionarios está a cargo del Superintendente⁵⁴.
- (iii) Número de profesionales: 9 personas.
- (iv) Unidades Internas: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

4.5 Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (INICAPMAPR)

- (i) Composición: Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.
- (ii) Designación: la designación de los funcionarios está a cargo del Superintendente⁵⁵.
- (iii) Número de profesionales: 13 personas.
- (iv) Unidades Internas: Dirección Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado y Dirección Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas.

4.6 Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas (INCCE)

- (i) Composición: Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.
- (ii) Designación: la designación de los funcionarios está a cargo del Superintendente⁵⁶.
- (iii) Número de profesionales: 10 personas.
- (iv) Unidades Internas: Dirección Nacional de Control de Concentraciones Económicas.

4.7 Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia (INAC)

- (i) Composición: Intendente Nacional de Abogacía de la Competencia.
- (ii) Designación: la designación de los funcionarios está a cargo del Superintendente⁵⁷.
- (iii) Número de profesionales: 18 personas.
- (iv) Unidades Internas: Dirección Nacional de Estudios de Mercado y Dirección Nacional de Promoción de la Competencia.

⁵⁴Artículo 44 numeral 8, LORCPM.

⁵⁵ Artículo 44 numeral 8, LORCPM.

⁵⁶ Artículo 44 numeral 8, LORCPM.

⁵⁷ Artículo 44 numeral 8, LORCPM..

4.8 Comisión de Resolución de Primera Instancia

- (i) Composición: Comisionados y presidente de la Comisión.
- (ii) Designación: la designación de los funcionarios está a cargo del Superintendente⁵⁸.
- (iii) Número de profesionales: 6 personas.

5. Prácticas restrictivas horizontales

5.1 Normativa aplicable

El régimen ecuatoriano incluye los acuerdos horizontales en el artículo 11 de la LORCPM. El artículo sufrió importantes modificaciones en la reforma de mayo de 2023.

Ahora, el artículo 11 inicia con una amplia cláusula general que prohíbe los acuerdos, decisiones de asociaciones, o prácticas concertadas entre dos o más operadores económicos, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia, en todo o parte del mercado nacional. Se eliminó a las prácticas conscientemente paralelas de las formas de manifestación de las restricciones horizontales.

Después de la cláusula general prohibitiva, la reforma simplificó las formas específicas que los acuerdos prohibidos pueden tomar, reduciendo significativamente la lista y dejándola en solamente 5 tipos. Estos son:

- Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales.
- Repartirse mercados, clientes o fuentes de abastecimiento.
- Limitar o controlar la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que resulte en una desventaja competitiva.
- Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

La reforma también amplió la definición de acuerdos por objeto, pasando de una lista cerrada que contenía solamente manifestaciones horizontales, - a una definición abierta que engloba a toda conducta que “por su propia naturaleza o propósito impide, restringe o falsea la competencia”⁵⁹.

⁵⁸ Artículo 44 numeral 8, LORCPM.

⁵⁹ Véase referencia 21.

5.2 Facultades específicas

La LORCPM, en el artículo 38, otorga a la SCE las siguientes facultades específicas: (i) examinar y realizar los peritajes que estime necesarios sobre libros, documentos y demás elementos necesarios para la investigación, controlar existencias, comprobar orígenes y costos de materias primas u otros bienes, de conformidad con esta ley⁶⁰; (ii) colocar precintos en aquellos lugares que estime pertinente con el objeto de precautelar la conservación de evidencia⁶¹; (iii) acceder a los lugares objeto de inspección con el consentimiento de los ocupantes o mediante orden judicial cuando se trate del domicilio de una persona natural, la que será solicitada ante el juez competente, quien deberá resolver en el plazo de 24 horas⁶².

Las facultades de investigación más importantes de la SCE, especialmente para restricciones horizontales, son las inspecciones y allanamientos.

5.3 Caducidad (prescripción)

El plazo de caducidad de las facultades de la SCE es de 4 años, computados desde que “se hubiere tenido conocimiento de la infracción” o desde que cesó, para el caso de infracciones continuadas.

5.4 Delación compensada

El régimen de delación compensada está recogido en los artículos 83 y 84 de la LORCPM y es desarrollado en el Instructivo para el otorgamiento de beneficios de exención o reducción del importe de la multa de la Superintendencia de Competencia Económica, publicado en octubre de 2019. A continuación, repasaremos a) el procedimiento general para beneficiarse de la exención o reducción de sanciones, b) las condiciones para acceder a la exención; y por último, c) las condiciones para acceder a la reducción.

5.4.1 Procedimiento general

En líneas generales, el procedimiento para acceder a la exención o reducción de multas se compone de las siguientes fases: inicia con el ingreso de la solicitud para acogerse al régimen de delación compensada; y una vez ingresada la solicitud, se entrega el marcador (registro del orden cronológico en que presentaron la solicitud los distintos operadores económicos) que ocupará el solicitante durante el proceso.⁶³

Después, la SCE evalúa la solicitud para asegurar que la información entregada sea de mérito y novedad suficiente para alcanzar los beneficios. Posteriormente, se celebran reuniones con el solicitante para determinar las condiciones de cooperación, se suscribe el acuerdo de cooperación, se emite el informe de beneficios que se otorgará al operador en virtud de su colaboración; y por último, la CRPI emite una resolución en la que decide rechazar o acoger el informe de beneficios.

⁶⁰ Artículo 38 numeral 5, LORCPM.

⁶¹ Artículo 38 numeral 7, LORCPM.

⁶² Artículo 38 numeral 15, LORCPM.

⁶³ Artículo 8, Instructivo para el otorgamiento de beneficios de exención o reducción del importe de la multa de la Superintendencia de Competencia Económica.

5.4.2 Condiciones exención

Un operador económico que haya infringido el artículo 11 de la LORCPM puede acogerse a los beneficios de exención del importe de la multa siempre que sea el primero en aportar elementos de prueba para iniciar una nueva investigación; o aporten pruebas suficientes para que la SCE pueda establecer la existencia de la infracción.⁶⁴

Ahora, de forma específica, se requiere lo siguiente:

- Cooperar con la SCE.
- Terminar la participación en el acuerdo restrictivo, salvo que la SCE considere necesario que el operador económico continúe participando en la infracción con el fin de mantener la eficacia de la investigación.
- No haber destruido los elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención.
- No haber adoptado medidas para obligar a otras empresas u operadores económicos a participar en la infracción.

5.4.3 Condiciones de la reducción

De otro lado están las condiciones de la reducción. Se otorga una reducción de la multa cuando la cooperación facilita pruebas que aporten un valor añadido significativo en la investigación, pero cuyo mérito no alcanza las circunstancias para que se otorgue la exención.

El porcentaje de reducción de la multa se calcula en consideración al orden de llegada. El primero en entregar información que aporte un valor añadido suficiente puede obtener un beneficio entre el 30 y el 50% del valor de la multa. El segundo puede beneficiarse de una reducción entre el 20 y el 30%. Todos los que sigan no podrán beneficiarse de una reducción mayor al 20%.

5.4.4 Sanciones individuales

Además de las sanciones establecidas al operador económico, el artículo 79 de la LORCPM contempla la posibilidad de multar a los representantes legales y miembros de los órganos directivos de las personas jurídicas infractoras con un monto máximo de 500 remuneraciones básicas unificadas, que equivalen actualmente a USD 230.000. La multa se calcula tomando en consideración el grado de participación del representante legal en la comisión de la conducta ilícita.

Esta multa no es solamente aplicable para restricciones por objeto anticompetitivo, sino para todas las infracciones muy graves.

⁶⁴ Artículo 83 inciso primero, LORCPM.

5.4.5 Criminalización

Aunque no se criminalizan los carteles, el delito de peculado establecido en el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal⁶⁵, puede ser vinculado con la colusión en procedimientos de compras públicas.

A pesar de la tipificación del peculado, actualmente la SCE no remite los casos de colusión a la Fiscalía General del Estado. En último término, la tipificación de los delitos en el Código Orgánico Integral Penal no comparte el fin perseguido por el régimen de competencia, y por lo tanto, no busca como su principal fin la disuasión del cometimiento de conductas anticompetitivas. Hace algunos años la práctica era distinta y la SCE solía remitir la información de colusión en compras públicas a la Fiscalía, incluso en casos de colaboración, limitando así la efectividad de sus incentivos.

5.4.6 Tendencias

La tasa de detección y sanción de cárteles en Ecuador es baja⁶⁶. La administración del superintendente Sylva ha intentado dar un giro de timón y, junto con la autoridad de compras públicas, han invertido recursos para detectar y sancionar carteles de compras públicas. En un esfuerzo por transmitir la seriedad con la que la SCE investiga carteles y la gravedad de sus consecuencias, se impuso una sanción de más de USD 50 millones a Odebrecht en 2022. Como ejemplo de este esfuerzo se tiene que en los pasados cuatro años se han sancionado ocho

⁶⁵ Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento 180 de 28 de enero de 2014. Artículo 278: PECULADO.- Las o los servidores públicos; las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado; o, los proveedores del Estado que, en beneficio propio o de terceros, abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Serán sancionados con la misma pena como responsables de PECULADO las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración y vigilancia de estas entidades; que, en beneficio propio o de terceros, abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo.

(...)

Serán también responsables de PECULADO los administradores y los miembros del directorio de las empresas públicas, cuando por su acción u omisión los resultados empresariales y financieros anuales de dicha empresa pública estén por debajo de los índices de gestión fijados, especialmente cuando haya reducción de ingresos de más del 10% en comparación con el ejercicio económico anterior, sin justificación alguna de por medio y cuando haya reducción del resultado operacional, o pérdida económica en comparación con el ejercicio económico anterior, en más del 25% sin justificación alguna de por medio, ocasionando de tal forma la reducción, y por ende pérdida de recursos estatales, y cuando tales pérdidas se produjeron en beneficio propio o de terceros.

La acción penal tomará en cuenta la asistencia de expertos nacionales e internacionales para determinar la existencia de factores externos o macro de mercado inherentes a cada sector, que pudiesen haber incidido en reducciones drásticas de ingresos o de impacto financiero, así como para determinar si la asignación de presupuestos y metas empresariales ha sido adecuada, y si en caso de haber existido deficiencias se tomaron las medidas correctivas empresariales pertinentes.

⁶⁶ OCDE (2021) Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Ecuador. <https://web-archive.oecd.org/2021-03-31/583641-ecuador-examenes-inter-pares-sobre-el-derecho-y-politica-de-competencia-2021.pdf>

carteles⁶⁷. Este revigorado interés en las investigaciones de carteles se beneficiará, también, de la reformada clasificación de conductas por objeto.

De otro lado, la agencia está creando una regla estricta en donde las familias no se consideran grupos económicos, a menos que existan empresas mediante las cuales se ejerce control conjunto. La postura de la Superintendencia busca luchar contra la práctica común donde diferentes miembros de una familia participan como operadores independientes en procesos de compras públicas. Esta posición estricta favorece la imposición de multas, pero puede ser excesiva cuando la lógica se traslade a concentraciones económicas o el cálculo de multas.

El caso más importante donde se aplicó esta teoría resultó en la sanción de 5 compañías con una multa de USD 176.000, donde no se aceptó el argumento de que existía una relación de agencia entre ellos⁶⁸.

En relación con la clemencia, lamentablemente a partir de los errores que la SCE cometió en el caso Kimberly Clark, donde desclasificó información aportada como parte de un proceso de delación compensada, se generó un alto nivel de desconfianza en el proceso de colaboración⁶⁹. La administración actual ha realizado esfuerzos para cambiar esa percepción, emitiendo nuevas normas sobre tratamiento de información confidencial⁷⁰, pero el número de aplicaciones de delación no refleja los esfuerzos realizados.

5.4.7 Situación particular de los acuerdos de cooperación

Ecuador no tiene un régimen de aprobación previo de acuerdos de colaboración (como por ejemplo, acuerdos de investigación y desarrollo, acuerdos de especialización, etc.). La LORCPM incluye un régimen de exenciones inspirado en las normas de la Unión Europea, donde un acuerdo no se sanciona si se demuestra que (i) mejorar la comercialización o producción de bienes y servicios o promueven el progreso tecnológico o económico, (ii) permite que todos los consumidores participen de sus beneficios equitativamente, (iii) no impone restricciones no indispensables para su desarrollo y (iv) no otorga a los participantes la posibilidades de eliminar la competencia en los productos o servicios contemplados.

Las exenciones, al constituir una excepción a un hallazgo de responsabilidad, deben ser probadas por quien las alega. Hasta ahora no existen casos donde se haya propuesto o aprobado un acuerdo exento.

De otro lado, tampoco serán sancionadas las conductas cuando sean cometidas por un operador económico con una pequeña escala de operación o mínima repercusión en el mercado⁷¹. A continuación describimos las reglas para la aplicación de la regla de *minimis* en Ecuador.

⁶⁷ Algunos casos de sanciones recientes de carteles incluyen el caso Prosostenible (CRPI, Resolución de 14 de abril de 2023, Expediente No. SCPM-CRPI-031-2022) y el caso Posamiconstru (CRPI, Resolución de 29 de junio de 2022, Expediente No. SCPM-CRPI-004-2022).

⁶⁸ CRPI. SCE. Resolución de 29 de julio de 2022. Expediente No. No. SCPM-CRPI-010-2022..

⁶⁹ Caso Kimberly-Clark. Decisión N° SCPM-IG-DES-001-2016, Denuncia de la SCPM a la CAN (N° 2709), Decisión N° 1883 de la SGCAN, Aplicación N° SCPM-IDIAPMAPR-2013-277, Expediente N° SCPM-IIAPMAPR-EXP-2016-004, Juicio N° 09802-2017-00197, Juicio N° 09802-2017-00767, Juicio N° 09802-2017-00196 y Caso de la Corte Constitucional N° 2007-19-EP.

⁷⁰ SCE. Resolución de 8 de agosto de 2019. Instructivo para el otorgamiento de beneficios de exención o reducción del importe de la multa de la Superintendencia de Competencia Económica.

⁷¹ Artículo 13, LORCPM.

Las conductas horizontales cuando la cuota de mercado conjunta de los participantes en el acuerdo no exceda el 14% en ninguno de los mercados relevantes afectados.

Las conductas verticales cuando la cuota de mercado de cada uno de los partícipes no exceda el 15% en ninguno de los mercados relevantes afectados.

Por último, se aplica la regla de *minimis* a mercados relevantes donde los efectos cumulativos de acuerdos paralelos para la venta de bienes o servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes, la cuota de mercado sea menor al 5%. Se entenderá que existe un efecto acumulativo si al menos el treinta por ciento 30% del mercado de referencia está cubierto por redes paralelas de acuerdos.⁷²

6. Prácticas restrictivas verticales

6.1 Normativa aplicable

El régimen ecuatoriano también sanciona los acuerdos verticales en el artículo 11 de la LORCPM. El texto no distingue los distintos tipos de acuerdos (verticales u horizontales), por lo que sus prohibiciones aplican a ambos. Si bien no existe una norma que defina el término “acuerdos verticales”, sin embargo, del listado de conductas en particular⁷³, es posible entrever que se ajustan a su definición doctrinaria clásica.

6.2 Prescripción (caducidad)

Al igual que para todas las infracciones, el plazo de prescripción establecido por la LORCPM para iniciar un proceso administrativo, de oficio o a petición de parte, es de cuatro años computados desde el día en que se conoció de la infracción o desde el día en que cesaron sus efectos para el caso de infracciones continuadas.

6.3 Facultades específicas

Las facultades son las mismas que aplican para todas las investigaciones que realiza la SCE.

6.4 Delación compensada

El régimen de exención o reducción del importe de la multa (delación compensada), es también aplicable a prácticas verticales.

7. Abuso de posición dominante

7.1 Normativa aplicable

El régimen ecuatoriano regula el abuso de dominancia (poder de mercado) en el artículo 9 de la LORCPM y en el artículo 6 del Reglamento. Por regla general, se entiende como abuso de poder

⁷² Criterios aplicación regla *minimis* acuerdos y prácticas restrictivas. Registro Oficial No. 91 de 15 de enero de 2014.

⁷³ Las cuales son las mismas a las que se refirió en la sección 1.3 del presente documento, es decir el Artículo 8 del RORCPM.

de mercado la restricción o distorsión de la competencia, eficiencia económica o bienestar general, ocasionada por uno o varios operadores económicos (este segundo supuesto, de dominancia colectiva) con base en su poder de mercado.⁷⁴ La LORCPM recoge una lista no exhaustiva de conductas anticompetitivas.

Este artículo no sufrió cambios significativos en la reforma de mayo de 2023. El único cambio fue la inclusión de la potencialidad como una proyección temporal sancionable. La potencialidad se refiere a una dimensión prospectiva; es decir, a actos u hechos que tienen la capacidad de lograr un efecto anticompetitivo pese a que todavía no haya ocurrido.

7.2 Posición dominante

La LORCPM define poder de mercado como “*la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado*”.⁷⁵

Adicionalmente, la LORCPM contempla ocho criterios para valorar la dominancia:

- Participación en el mercado.
- Barreras de entrada y salida de tipo legal, contractual, económico o estratégico.
- Competidores, clientes o proveedores y su respectiva capacidad de ejercer poder de mercado.
- Posibilidad de acceso del operador económico y sus competidores a las fuentes de insumos, información, redes de distribución, crédito o tecnología.
- Comportamiento reciente del operador económico.
- Disputabilidad del mercado.
- Características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- Grado en que el bien o el servicio de que se trate sea sustituible, por otro de origen nacional o extranjero.
- Posibilidades tecnológicas.

La definición de poder de mercado (actuación de modo independiente) refleja una concepción legalista de contornos difusos que se origina en el caso *United Brands*⁷⁶. La SCE no concibe la dominancia, porque la ley no se lo permite, como el fenómeno por el que se sube el precio a niveles supracompetitivos de manera rentable.

⁷⁴ Artículo 9, LORCPM.

⁷⁵ Artículo 7, LORCPM.

⁷⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 14 de febrero de 1978. Caso *United Brands Company c. Comisión de las Comunidades Europeas*.

7.3 Conductas abusivas

La ley ecuatoriana parte de una cláusula general para después incluir una extensa y repetitiva lista de abusos unilaterales que incluyen los tipos ortodoxos. La tipificación es deficiente, y esas deficiencias han sido utilizadas para facilitar la imposición de sanciones o para concluir en interpretaciones particulares de las prohibiciones.

Por ejemplo, el artículo 9.8 de la LORCPM prohíbe la venta “condicionada y la venta atada, injustificadas”. De otro lado, el artículo 9.4 tipifica la “fijación de precios predatorios o explotativos”. Como el artículo 9.4 no incluye el término “injustificado”, la agencia ha sugerido que la fijación de precios predatorios no admite justificación alguna.

De manera similar, el encabezado del artículo 9 dice que está prohibido impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, afectar negativamente la eficiencia económica o el bienestar general. La SCE ha dicho que estos tres (competencia, eficiencia y bienestar general) se entienden de manera independiente. Con esto ha concluido, por ejemplo, que mermar la libertad de un distribuidor supone una violación al bien jurídico competencia⁷⁷.

7.3.1 Exclutorias

Entre estas conductas está la negativa de venta, estrechamiento de márgenes, precios predatorios (al menos en una primera fase de implementación), venta atada, empaquetamiento, exclusividad y los descuentos condicionales.

7.3.2 Explotativas

Entre los ejemplos más claros están los precios predatorios (al menos en una fase posterior, después de lograr la exclusión de un competidor), prohibidos por el numeral 4 del artículo 9 de la LORCPM. De manera similar, se ha aplicado la prohibición de discriminación de segunda línea para condenar conductas de naturaleza principalmente explotativa.

7.3.3 Régimen especial

La LORCPM contemplaba también el abuso de poder en situación de dependencia económica. Esta prohibición se eliminó en la reforma de mayo de 2023.

7.3.4 Tendencias

La Superintendencia ha propuesto una visión expansiva de sus facultades, y una vara baja para probar los elementos de una infracción. Son algunas áreas de importante –e incierta– innovación en asuntos de abuso de poder de mercado: la reafirmación de que se pueden sancionar las conductas por su potencialidad, la prueba de efectos como una relativamente sencilla que se puede lograr sin evidencia económica, la irrelevancia de la voluntad para el cometimiento de infracciones (incluyendo casos donde parecería ser importante, como en la presentación de información engañosa); y por último, la proposición de que no hay un requisito de cobertura en abusos unilaterales (así, es igual de anticompetitivo un impacto en 1% o en 60% del mercado).

Estas interpretaciones han llevado, por ejemplo, a sanciones en los casos BANRED y Chaide & Chaide. En el caso BANRED se sancionó a la plataforma de interconexión de cajeros automáticos más grande del país con una multa de USD 80.312,45. Si bien el monto no es

⁷⁷ SCE. Resolución de 9 de febrero de 2023. Expediente No. SCPM-INJ-22-2022.

significativo, la conducta imputada es curiosa: se consideró ilegal que BANRED realice una *propuesta* de interconexión con otra plataforma en términos que la Superintendencia consideró excesivos. La calificación del exceso se hizo sin consideración a una medida de costos⁷⁸.

La propuesta nunca se materializó y, de hecho, el negocio se cerró en términos muy distintos a la propuesta investigada, pero la Superintendencia consideró que la propuesta era suficiente para ser potencialmente exclusoria.

El caso Chaide & Chaide es también muy particular. Se sancionó al productor de colchones más grande de Ecuador con USD 370.000, alegando que había aplicado un esquema de fijación de precios de reventa mínimos. La teoría de daño también fue inusual, y parcialmente reprochó los precios por ser excesivamente bajos; tan bajos que podían excluir a un competidor. El análisis no incluyó una prueba de costos, lo que deja abierta la pregunta de qué se considera excesivamente bajo⁷⁹.

8. Competencia desleal

8.1 Normativa aplicable

La LORCPM señala que será desleal todo hecho, acto o práctica contrarios a las costumbres en el desarrollo de actividades económicas. Por supuesto, esta definición incluye la operación publicitaria.

Las prácticas desleales se rigen bajo el régimen de cuasidelitos, y no es necesario probar ánimo del investigado o un elemento subjetivo en su configuración. Para su prueba se considera únicamente el daño generado a otro incumbente, consumidores y orden público. Adicionalmente se sancionan también los actos potencialmente anticompetitivos⁸⁰.

Lo que hace particular al régimen ecuatoriano es la inclusión de las conductas desleales agravadas como si se trataran de infracciones antitrust (sujeto a los mismos poderes de investigación y sanciones). La habilitación inicialmente se concibió de manera similar a la del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia de España, donde se consideran ilícitos antitrust los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten el interés público⁸¹.

La legislación ecuatoriana se inspiró en ese régimen, pero incluyó una habilitación más amplia, donde no solamente se consideran como violaciones a la libre de competencia a los actos desleales que falsean el interés público, sino a aquellos que “impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios”.

Con la reforma de mayo de 2023 se amplió esta habilitación todavía más, para incluir los actos de competencia desleal que afecten o puedan afectar a los derechos de los usuarios y consumidores, independientemente de que puedan o no falsear el régimen de competencia,

⁷⁸ SCE. Resolución de 28 de julio de 2022. Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-014.

⁷⁹ SCE. Resolución de 9 de febrero de 2023. Expediente No. SCPM-INJ-22-2022

⁸⁰ Artículo 25, LORCPM.

⁸¹ Artículo 3, Ley de Defensa de la Competencia 15/2007 de España de 3 de julio de 2007.

siempre y cuando se demuestre que son realizados de forma generalizada, o que tengan una afectación, masiva hacia los usuarios y consumidores⁸².

8.2 Clasificación

La cláusula general forma parte del encabezado del artículo 26, donde se sancionan todos los actos contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas. El artículo 27, de otro lado, enlista los actos típicos prohibidos.

- Actos de confusión: conductas que puedan crear confusión con la actividad, prestaciones, productos o establecimientos ajenos. De manera particular, se considera desleal por confusión el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocian a un tercero.
- Actos de engaño: conductas que induzcan a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

Para el caso de investigaciones de actos de engaño se revierte la carga de la prueba, y corresponde al investigado probar la veracidad de los mensajes.

- Actos de imitación: es desleal la imitación que infrinja un derecho de propiedad intelectual, la imitación de prestaciones o iniciativas empresariales que sean idóneas para generar confusión; y por último, la imitación sistemática de prestaciones o iniciativas con la intención de impedir que el competidor se afirma en el mercado.
- Actos de denigración: se considera un acto de denigración la difusión de información sobre un tercero (ya sea sobre su actividad, producto, prestaciones, establecimiento o sus relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores) que puedan menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

Se considera especialmente denigratorio difundir aseveraciones que se refieran a la nacionalidad, las creencias o ideología, la intimidad, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado.

- Actos de comparación: se considera desleal la comparación de la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, inclusive en publicidad comparativa, cuando dicha comparación se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables.
- Explotación de la reputación ajena: se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

⁸² Artículo 26, LORCPM.

- **Violación de secretos empresariales:** es desleal la obtención de un secreto a través de medios desleales para posteriormente explotarla. Se considera como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que sea secreta, tenga un valor comercial por ser secreta, y se hayan tomado medidas razonables para mantenerla secreta.
- **Inducción a la infracción contractual:** se considera desleal la interferencia por un tercero en la relación contractual que un competidor mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tenga como propósito inducir a éstos a infringir las obligaciones que han contraído.

Para configurarse el tipo es necesario que se induzca a la infracción de obligaciones esenciales, y tenga como objetivo la explotación de un secreto, se haga mediante medios desleales (como el engaño) o tenga como propósito la intención de eliminar a un competidor.

- **Violación de normas:** es desleal el incumplimiento de una obligación general y obligatoria, siempre que esa violación otorgue a quien la incumpla una ventaja significativa en el mercado, permitiéndole prevalecer en él.

8.3 Actos de autoridad

Todos los operadores económicos, ya sean públicos, privados, personas naturales o jurídicas, están sujetos al régimen de competencia. Las entidades públicas pueden infringir la libre competencia cuando sus actos se consideren actividades económicas y no constituyan el ejercicio de sus facultades públicas esenciales.

9. Operaciones de concentración

9.1 Normativa aplicable

Los artículos 14 a 24 de la LORCPM y 11 a 21 del Reglamento recogen el sistema de control de concentraciones económicas. Adicionalmente, la Resolución No. 009 de la Junta de Regulación de la LORCPM establece los umbrales en que la notificación se vuelve obligatoria.

9.2 Autoridades

La autoridad a cargo del sistema de control de concentraciones es la SCE. En específico, la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas realiza un informe sobre la concentración notificada, en el que recomienda o no su aceptación, para que la CRPI se pronuncie autorizando, condicionando, o denegando la transacción.

9.3 Operaciones de control notificables

La ley ecuatoriana entiende por operaciones de concentración al cambio o toma de control de una o varias empresas a través de ciertos actos como:

- Fusión entre empresas u operadores económicos.
- Transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante.

- La adquisición, directa o indirecta, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital.
- La vinculación mediante administración común.
- Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico.

El concepto de control es uno que ha sido interpretado de forma amplia, sin importar la forma que toma el acto sino el cambio de control efectivo.

9.4 Umbrales de notificación obligatoria

El artículo 16 de la LORCPM establece los siguientes umbrales (no son complementarios o concurrentes):

- Volumen de negocios: que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes establece la Junta de Regulación. A su vez, la junta ha establecido lo siguiente: (i) para concentraciones que involucren instituciones del sistema financiero nacional y del mercado de valores: 3.200.000 RBU equivalentes a USD 1.472.000.000; (ii) para concentraciones que involucren a entidades de seguro y reaseguro: 214.000 RBU equivalentes a UDS 98.440.000; y por último, para concentraciones que involucren a operadores económicos que no se encuentren detallados en los puntos anteriores: 200 000 RBU equivalentes a USD 92.000.000.
- Cuota de mercado: que como consecuencia de la concentración se adquiera (o se incremente la cuota existente) una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

9.5 Notificación voluntaria e investigación de oficio

En las notificaciones voluntarias no se requiere la autorización de la SCE. Sin embargo, si los operadores económicos desean realizar la notificación, procede en todos los casos en los que no se cumpla con algunos de los requisitos establecidos en el artículo 16 de la LORCPM. Es decir, el volumen total de negocios o la cuota dentro del mercado relevante no son suficientes para activar la obligación de notificar.

La SCE también puede solicitar de oficio que los operadores económicos notifiquen obligatoriamente una transacción incluso si no se alcanzan los umbrales. Sin embargo, esta facultad nunca ha sido ejercida.

9.6 Pre-notificación

Se pueden realizar dos tipos de consultas antes de presentar una notificación de concentración económica. La primera, una consulta para revisar borradores y resolver dudas sobre una

notificación que está próxima a presentarse. Estas consultas se realizan a través de reuniones con los funcionarios de la SCE⁸³.

La segunda posibilidad es interponer una consulta formal a fin de determinar si una determinada operación es una concentración económica; o alternativamente, si una determinada concentración supera los umbrales mínimos de notificación obligatoria⁸⁴.

9.7 Procedimiento y tiempos

En resumen, el procedimiento para aprobar una operación de concentración es el siguiente:

9.7.1 Tiempo de presentación

Las operaciones de concentración deben ser notificadas a la SCE para su examen previo, en el plazo de 8 días contados a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo. Se entiende que existe conclusión del acuerdo cuando se expresa la voluntad corporativa de uno de los participantes de realizar la transacción. Esta voluntad generalmente se materializa cuando, por ejemplo, se celebra una junta general de accionistas donde se consiente en realizar la transacción. Las diferentes formas en que se pueden concluir un acuerdo, dependiendo de la naturaleza de la transacción, están contenidas en el artículo 17 del RLORCPM⁸⁵.

La notificación en 8 días calendario suele resultar problemática, sobre todo considerando la gran cantidad de información que se debe radicar para iniciar el proceso.

9.7.2 Investigación

A partir de la notificación del avoco de conocimiento (que ocurre después de una fase de revisión de la información presentada, donde la INCCE se asegura que todos los requisitos y documentos obligatorios han sido presentados), la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas cuenta con un término de 60 días para concluir la investigación (término que puede ser suspendido o ampliado, como veremos más adelante). Este término se divide en la fase I y la fase II de la investigación.

- (i) Fase I: para poder beneficiarse del proceso abreviado de fase I, las transacciones deben caer en uno de los siguientes supuestos. Para transacciones horizontales:
- Que el operador económico que toma el control no realice directa o indirectamente actividades económicas en el Ecuador.
 - La participación conjunta de los operadores económicos involucrados y de las empresas u operadores económicos que pertenezcan a su grupo económico, deberá ser menor al 30% en el mercado relevante.
 - El índice Herfindahl-Hirschman del mercado relevante afectado deberá ser menor a 2.000 puntos y la variación ex post del mismo índice deberá ser menor a 250 puntos.

⁸³ Artículo 18 inciso último, RLORCPM, Registro Oficial 697 de 23 de abril de 2012, última reforma de 18 de octubre de 2022.

⁸⁴ Artículo 44 numeral 4, LORCPM.

⁸⁵ Artículo 18, RLORCPM.

Para transacciones verticales:

- Los operadores económicos involucrados y las empresas u operadores económicos que pertenezcan a su grupo económico deberán tener una cuota de participación inferior al 30% en los mercados relevantes verticalmente integrados. Lo mismo si se afectan más mercados.
- El índice Herfindahl-Hirschman de los mercados verticalmente integrados producto de la operación de concentración económica, deberá ser menor a 2.000 puntos.

Si se cumplen estos supuestos y, además, la información provista por el notificante es suficiente para verificarlos, la INCCE, dentro de los primeros quince días laborables, enviará un informe recomendando la aprobación a la CRPI. Desde allí, la CRPI cuenta con 10 días para emitir su resolución.

En el caso de que la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas determine que la operación de concentración económica notificada amerita de un análisis más extenso, se inicia la segunda fase. De igual forma, la ausencia de pronunciamiento dentro del término de quince días inicia automáticamente la segunda fase.

Esto significa que en Ecuador no es necesario, para avanzar a fase II, que existan riesgos para la competencia o que estos riesgos sean identificados en un pliego de peticiones. El hecho de que la INCCE necesite más tiempo para realizar la investigación es suficiente para extender la revisión. Lamentablemente esto crea un régimen poco previsible donde no se pueden anticipar las preocupaciones de la agencia que conducen a la extensión de la investigación.

- (ii) Fase II: un procedimiento de fase II puede disponer de todo el tiempo que la ley permite, sin tener que justificar la utilización de suspensiones o prórrogas. El proceso puede suspenderse por hasta 45 días laborables y prorrogarse por 25 días laborables. En la práctica, un proceso de fase I puede tardar entre 2 a 3 meses y, uno de fase II, hasta aproximadamente 8 meses. Todo esto, sin la discusión y aplicación de posibles remedios.

En ambas fases la SCE cuenta con los mismos poderes de investigación.

9.7.3 Resolución

Una vez finalizada la investigación, la INCCE envía su informe para que la CRPI decida sobre la aprobación de la transacción. La CRPI cuenta con todo el tiempo que la INCCE no haya utilizado tanto de los 60 días originales, así como de la prórroga y la suspensión.

9.7.4 Recursos

Se puede apelar la resolución de la CRPI ante el Superintendente de Competencia y, también, ante jueces ordinarios. Actualmente se está discutiendo en sede judicial quién tiene el derecho de presentar esos recursos, si solamente el notificante o también terceros interesados, dentro de un proceso más amplio que analiza quiénes son partes procesales en una concentración económica y en el seguimiento de eventuales remedios que se impongan.

9.7.5 Incumplimiento obligación de notificar

La LORCPM contempla una serie de sanciones relacionadas al incumplimiento de la obligación de notificar y al *gun jumping*. Se considera como una infracción leve:

- No haber notificado una concentración requerida de oficio por la Superintendencia de Competencia Económica.
- La notificación de la operación de concentración fuera de los plazos previstos por la ley (8 días calendario).

Se consideran como infracciones graves:

- La ejecución de una operación de concentración sujeta a control, antes de haber sido notificada a la Superintendencia de Competencia Económica; o antes de que haya sido autorizada.

Se considera como infracción muy grave:

- La ejecución de actos o contratos efectuados por el operador económico resultante de una operación de concentración sujeta a control, antes de haber sido notificada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; o antes de que haya sido autorizada.

Como esta última se considera una infracción muy grave, puede también acarrear multas personales contra los representantes legales y miembros de los órganos de administración, según su grado de participación en la infracción, y, además, la escisión de la transacción, si es que se determina que es la única forma de reestablecer la competencia en el mercado. No hemos visto sin embargo que en casos de *gun-jumping* se haya impuesto multas a representantes legales o directivos, y la SCE nunca ha recurrido a la escisión como remedio.

9.7.6 Test sustantivo en cada tipo de operación

Existen una serie de criterios generales que la SCE toma en cuenta al momento de decidir sobre la aceptación o la denegación de una notificación. Primero, se analiza si existirá una reducción sustancial de la competencia a través de:

- El estado de la competencia en el mercado relevante.
- El grado de poder de mercado del operador económico en cuestión y el de sus principales competidores.
- La necesidad de desarrollar y/o mantener la libre concurrencia de los operadores económicos.
- Los efectos de la operación. Es decir, se analiza si a partir de la concentración, se generare o fortaleciere el poder de mercado o se produjere una sensible disminución, distorsión u obstaculización, claramente previsible o comprobada, de la libre concurrencia de los operadores económicos y/o la competencia. Este último es la incorporación del SIEC (*substantial impediment to effective competition*) en la legislación ecuatoriana.

- El estándar material todavía es uno que está en discusión, y existen posturas que mantienen que el estándar es uno híbrido que conjuga un análisis tradicional de dominancia con el SIEC⁸⁶.

Segundo, el análisis sobre la reducción sustancial de la competencia se complementa tomando en consideración los posibles beneficios generados gracias a la transacción. Por supuesto, este paso es solamente necesario en el caso en el que se compruebe que existen riesgos a la competencia. Se verifica en específico:

- La mejora de los sistemas de producción o comercialización.
- El fomento del avance tecnológico o económico del país.
- La competitividad de la industria nacional en el mercado internacional.
- El bienestar de los consumidores nacionales.
- La proporcionalidad de los beneficios producidos con los efectos restrictivos sobre la competencia.
- La diversificación del capital social y la participación de los trabajadores.

9.7.7 Remedios

Los remedios son impuestos por la SCE a fin de mitigar los potenciales riesgos a la competencia que pueden surgir como consecuencia de la transacción sujeta a aprobación. Las condiciones en Ecuador, de acuerdo con el artículo 21 del RLORCPM, pueden ser conductuales o estructurales.

9.7.8 Participaciones minoritarias

No existen disposiciones en la normativa ecuatoriana sobre participaciones minoritarias o un régimen específico para su análisis como parte de concentraciones económicas.

9.7.9 Silencio administrativo

En los casos en que, dentro del término establecido por la ley, la agencia no se pronuncie sobre la operación de concentración, se considera esta como tácitamente autorizada. Esta autorización por silencio administrativo permite a los operadores económicos continuar con su operación de concentración sin que se requiera ninguna petición ni actuación adicional.

El último caso que se aprobó mediante silencio administrativo fue la transacción entre Cinemark y Multicines⁸⁷.

⁸⁶ Duque, Jorge. El proyecto de reforma a la ley de competencia ecuatoriana: Aspectos negativos, CentroCompetencia, 01 de marzo de 2023, disponible en: <https://centrocompetencia.com/estandar-sustantivo-analisis-concentraciones-ecuador/>

⁸⁷ SCE. Resolución de 27 de julio de 2023. Expediente No. SCE-CRPI-5-2023.

10. Procedimiento en fase de investigación

10.1 Normativa aplicable

Artículos 53 a 69 de la LORCPM y 64 a 71 del RLORCPM.

10.2 Inicio de la investigación

Las investigaciones podrán iniciar de oficio, por denuncia de cualquier persona que demuestre un interés legítimo o, a solicitud de otro órgano público. Los expedientes de oficio utilizan, con regularidad, hallazgos incidentales dentro de estudios de mercado.

10.3 Admisibilidad

El artículo 54 regula el contenido de la denuncia. De manera específica se requiere:

- El nombre y domicilio del denunciante.
- Identificación de los presuntos responsables.
- Una descripción detallada de la conducta denunciada, indicando el período aproximado de su duración o inminencia.
- La relación de los involucrados con la conducta denunciada.
- Los datos de identificación de los involucrados conocidos por el denunciante, incluyendo entre otros sus domicilios, números de teléfono y direcciones de correo electrónico, si las tuvieran y, de ser el caso, los datos de identificación de sus representantes legales; la falta de uno o más requisitos del presente literal no invalida la denuncia.
- Las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como de los bienes o servicios afectados.
- Los elementos de prueba que razonablemente tenga a su alcance el denunciante.

10.4 Prueba

La carga de la prueba le corresponde a la SCE⁸⁸. Existe una inversión en la carga de la prueba cuando: (i) el caso versa sobre un acuerdo por su objeto anticompetitivo, y (ii) cuando el investigado entregase información falsa, fraudulenta, engañosa, falaz en el marco de una investigación. Existen, también, inversiones puntuales de la carga de la prueba para ciertas prohibiciones, como el caso de engaño.

La CRPI aprecia la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Esto es, sobre la base de la experiencia, la lógica, los conocimientos comúnmente afianzados y el estado de la ciencia.

⁸⁸ Artículo 48 inciso quinto, LORCPM.

10.5 Plazos

Una vez se reciba la demanda, la SCE revisará los requisitos detallados en el artículo 54 de la LORCPM y, en caso de no contener alguno, otorgará tres días término para completar o aclarar la denuncia. Si la denuncia no se aclara o completa en el término establecido, se archivará inmediatamente.

Por otro lado, si la denuncia es calificada como completa, en el término de tres días la SCE corre traslado de su contenido a los operadores denunciados y les otorga el término de quince días para responder. Una vez fenecido este término, la SCE tiene diez días término para pronunciarse sobre el inicio de la investigación⁸⁹.

Una vez contestada la denuncia se emite una resolución ya sea de archivo o de inicio de investigación. La investigación puede durar hasta ciento ochenta días calendario, prorrogables por ciento ochenta adicionales, y concluye con la emisión de la formulación de cargos.

Cuando el proceso inicia de oficio, la agencia puede realizar una investigación preliminar de hasta 180 días laborales.

10.6 Discrecionalidad y confidencialidad

En la medida en que se cumplan los requisitos de la denuncia, la SCE está en la obligación de investigar; sin embargo, las normas generales del derecho administrativo no exigen que las instituciones públicas investiguen todo lo denunciado, sino aquello que consideren suficiente meritorio y en línea con sus objetivos. Existe, entonces, una tensión entre la LORCPM y el régimen general respecto de la obligatoriedad de investigar todo aquello que se denuncie; esta es una discusión que todavía continúa abierta.

De otro lado, la fase investigativa será de carácter reservado, excepto para las partes directamente involucradas⁹⁰. Como en las investigaciones preliminares no existen partes, esa fase (y, también, cualquier actuación previa), es reservada y confidencial.

Una vez iniciada la investigación, las partes tienen el derecho a acceder al expediente, excepto a aquello que haya sido declarado confidencial. La SCE ha tomado varias posturas respecto de qué alcanza el estándar de confidencialidad, en un inicio aplicaba un estándar amplísimo donde casi todo era declarado confidencial pero, ahora, ha tomado una postura más bien estricta y tiende a declarar pocas cosas como confidenciales. La tensión entre confidencialidad y derecho a la defensa sigue siendo un punto de conflicto, y los varios cambios en los instructivos internos demuestran esta tensión⁹¹.

10.7 Resultado de las investigaciones

Posterior a la formulación de cargos se corre traslado a la parte investigada para que dentro del término de quince días conteste y deduzca sus excepciones. Después, se avanza a la fase de prueba y resolución, a cargo de la CRPI.

⁸⁹ Artículo 56, LORCPM

⁹⁰ Artículo 56, LORCPM. Artículo 5, Instructivo para tratamiento de información de la SCE.

⁹¹ Como referencia, el último instructivo sobre información confidencial se publicó el 17 de noviembre de 2023 en el Registro Oficial No. 439.

11. Control contencioso administrativo

Todas las resoluciones de la Superintendencia pueden impugnarse en vía judicial. Esta impugnación es conocida por jueces generalistas de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo. De manera excepcional, cuando se interponen acciones constitucionales en contra de la SCE, los jueces competentes son los constitucionales (que, salvo por la Corte Constitucional, refiere a todos los jueces independientemente de su materia de especialización o grado).

Estos son los dos cauces posibles, dependiendo de la naturaleza de la acción:

11.1 Tribunales de lo contencioso administrativo

Todas las impugnaciones en contra de actos administrativos emanados por la SCE se deben radicar ante los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, sin importar la cuantía. Estos jueces realizan un control de legalidad de los actos de la SCE en una primera y única instancia.

La SCE ha solicitado la creación de jueces administrativistas especializados en libre competencia, pero todavía no se han creado estas salas (y, por asuntos presupuestarios, es improbable que se creen al mediano plazo).

11.2 Corte Nacional de Justicia

Las decisiones de los Tribunales contencioso administrativo pueden ser casadas ante la Corte Nacional de Justicia, a través de una acción tasada que se relaciona con específicos errores de derecho⁹².

11.3 Corte Constitucional

Toda impugnación o reclamo de naturaleza exclusivamente constitucional, que no encuentra acomodo en otro cauce donde se reclama la legalidad de una actuación, puede presentarse a través de acciones constitucionales. En primera instancia, todos los jueces de todas las jurisdicciones y materias pueden conocer las acciones constitucionales. En apelación de última instancia, la Corte Constitucional es la competente.

12. Daños

La acción de reparación e indemnización por daños generados a propósito del cometimiento de conductas anticompetitivas prohibidas por la LORCPM, puede interponerse de acuerdo a las

⁹² Artículo 266, Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial 506 de 12 de mayo de 2015. “Art. 266.- Procedencia. El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.

Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.

Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración.”

normas generales, en proceso sumario ante un juez de lo civil⁹³. La acción prescribirá en cinco años contados desde la ejecutoria de la resolución que impuso la respectiva sanción.

⁹³ Artículo 71, LORCPM.

Perú

Perú¹

Ivo Gagliuffi

Abreviaturas

INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
Dirección	Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia del INDECOPI
Comisión	Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI
Sala	Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI

1. Antecedentes generales

1.1 Marco normativo y otras fuentes

El sistema peruano de libre competencia se encuentra regulado en:

- (i) La Constitución Política del Perú de 1993²: el artículo 61 de la Constitución establece que el Estado facilita y vigila la libre competencia, combate toda práctica que la limite y combate el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Agrega que ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.
- (ii) El TUO del Decreto Legislativo 1.034³: el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1.034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, “TUO del DL 1.034”), es la norma encargada de prohibir y sancionar las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores (*control de conductas*). Adicionalmente, aborda las labores de promoción de la competencia en los mercados (estudios de mercado, abogacía de competencia).
- (iii) La Ley 31.112⁴: la Ley de control previo de operaciones de concentración empresarial, y su Reglamento (Decreto Supremo 039-2021-PCM), establece un régimen de *control de estructuras* con la finalidad de promover la competencia efectiva y la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores. Es la primera norma de control previo transversal a todos los sectores económicos, vigente desde junio 2021, pues el Perú antes solo aplicaba este régimen al sector eléctrico.

¹ Agradecimientos a Andrés Calderón, por sus comentarios que contribuyeron a mejorar este trabajo.

² Disponible en: <https://www.congreso.gob.pe/constitucionyreglamento/>.

³ Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/normas-legales/2065694-1034>.

⁴ Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/normas-legales/1736208-31112>.

- (iv) El Código Penal⁵: en junio 2023, la Ley 31.775 modificó el delito de abuso de poder de mercado, estableciendo sanciones penales contra las prácticas colusorias horizontales sujetas a la prohibición absoluta (cárteles duros).
- (v) Otra normativa relevante: también resultan aplicables los siguientes dispositivos legales:
- La Ley 27.584⁶, que regula el proceso contencioso administrativo, la cual resulta aplicable cuando un procedimiento en materia de libre competencia es impugnado ante el Poder Judicial.
 - El TUO de la Ley 27.444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que se aplica supletoriamente en materia procesal o adjetiva a los procedimientos de libre competencia.
 - El Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (el "INDECOPI")⁷, aprobado por Resolución 063-2021-PRE/INDECOPI.
- (vi) Lineamientos del INDECOPI: de manera complementaria, la Comisión está facultada para expedir Lineamientos y Guías que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas; y, en tal sentido, ha emitido a marzo 2024, los siguientes lineamientos, en orden de publicación: (a) Lineamientos sobre Confidencialidad⁸, (b) Guía de Estudios de Mercado⁹, (c) Lineamientos para la interpretación de aspectos específicos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹⁰, (d) Guía del Programa de Clemencia¹¹, (e) Guía para combatir la concertación en las contrataciones públicas¹², (f) Guía de Asociaciones Gremiales y Libre Competencia¹³, (g) Lineamientos del Programa de Recompensas¹⁴, (h) Guía del

⁵ Disponible en: <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MTA2NDUx/pdf/31775-LEY>.

⁶ Disponible en: <https://spij.minius.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H817703>.

⁷ Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3288494/3.2.Texto%20integrado%20ROF%20Indecopi%20%28vigente%29.pdf.pdf>.

⁸ Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/normas-legales/2066201-027-2013-clc-indecopi>.

⁹ Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/2067535-guia-de-estudios-de-mercado>.

¹⁰ Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3898344/CLC%20-%20Lineamientos%20para%20la%20interpretaci%C3%B3n%20de%20aspectos%20espec%C3%ADficos%20de%20la%20Ley%20de%20Represi%C3%B3n%20de%20Conductas%20anticompetitivas.pdf>.

¹¹ Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/2067481-guia-del-programa-de-clemencia>.

¹² Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/2067475-guia-de-compras-publicas>.

¹³ Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/2067464-guia-de-asociaciones-gremiales-y-libre-competencia>.

¹⁴ Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/2115567-lineamientos-del-programa-de-recompensas>.

Programa de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia¹⁵, (i) Lineamientos de Visitas de Inspección¹⁶, (j) Guía informativa sobre acuerdos anticompetitivos entre empresas en el ámbito laboral¹⁷, (k) Lineamientos sobre resarcimiento de daños causados a consumidores como consecuencia de conductas anticompetitivas¹⁸, (l) Lineamientos para el Cálculo de Umbrales de Notificación¹⁹, y (m) Lineamientos para la calificación y análisis de las operaciones de concentración empresarial²⁰.

- (vii) Jurisprudencia²²: la Sala y la Comisión han tenido oportunidad de emitir precedentes vinculantes para el análisis de determinados casos. Dichos criterios resultan mandatorios, sin perjuicio que los respectivos órganos puedan apartarse, pero debiendo motivar su decisión.

1.2 Diseño institucional

El sistema actual de promoción y protección de la libre competencia está a cargo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Contempla un modelo administrativo y judicial en el que un órgano instructor, la Dirección de Investigación y Promoción de la Libre Competencia del INDECOPÍ (la “Dirección”), investiga y presenta casos ante un órgano resolutorio administrativo, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (la “Comisión”). Este último órgano, resuelve en primera instancia si: (i) la conducta configura o no una práctica anticompetitiva, imponiendo las sanciones y medidas correctivas correspondientes, de ser el caso; o (ii) si una operación de concentración empresarial es aprobada, con o sin condiciones, o denegada. Posteriormente, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (la “Sala”) es el órgano resolutorio que resuelve en segunda instancia los recursos interpuestos contra las resoluciones de la Comisión.

Las decisiones de la Sala son susceptibles de ser recurridas vía demanda contencioso-administrativa ante el Poder Judicial, específicamente, en primera instancia, ante la Sala Especializada en lo Contencioso-Administrativo de la Corte Superior de Justicia. La decisión de este último órgano, a su vez, es recurrible, en apelación, ante la Sala Civil de la Corte Suprema y, en casación, ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

¹⁵ Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/2115530-guia-de-programas-de-cumplimiento-de-las-normas-de-libre-competencia>.

¹⁶ Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/2115561-lineamientos-de-visitas-de-inspeccion>.

¹⁷ Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/2115541-guia-informativa-sobre-acuerdos-anticompetitivos-entre-empresas-en-el-ambito-laboral>.

¹⁸ Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/2115578-lineamientos-sobre-resarcimiento-a-consumidores-por-conductas-anticompetitivas>.

¹⁹ Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/1945863-lineamientos-para-el-calculo-de-los-umbrales-de-notificacion>.

²⁰ Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/3862900-lineamientos-para-la-calificacion-y-analisis-de-las-operaciones-de-concentracion-empresarial>.

²¹ Cabe indicar que en Agosto 2022 la Comisión publicó para comentarios el “Proyecto de Guía para identificar Consorcios Inusuales en las contrataciones públicas bajo la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas”, el cual aún está pendiente de publicar en su versión definitiva.

²² Para acceder a las resoluciones del Indecopi ver: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/>.

1.3 Evolución del sistema

El origen del sistema de Derecho de la Competencia tuvo lugar en 1991, con la emisión del Decreto Legislativo 701. Esta norma estableció por primera vez la defensa de la libre competencia en el aparato normativo peruano de manera orgánica y estructurada (existieron algunas normas previas aisladas o carentes de técnica legislativa suficiente²³). Posteriormente, se complementó en parte la normativa de libre competencia al incluirse en 1997 la Ley 26.876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, la cual incluía el control previo de concentraciones empresariales, pero únicamente en el sector eléctrico.

En el año 1992, se creó el INDECOPI mediante el Decreto Ley 25.868, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, encargándose de la observancia y aplicación del Decreto Legislativo 701.

Años más tarde, en 2008, se promulgó el Decreto Legislativo 1.034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, norma vigente a la fecha, mediante la cual se derogó el Decreto Legislativo 701, estableciéndose una serie de novedades, entre las cuales se encuentran:

- (i) La definición del objetivo de la norma, señalando que este consiste en sancionar las conductas anticompetitivas, promoviendo la eficiencia económica.
- (ii) La precisión de que la aplicación de la normativa de libre competencia para el caso de abusos de posición de dominio se restringía únicamente para abusos con efectos exclusorios en el mercado. No resultan sancionables los abusos de posición dominante con efectos explotativos (i.e. precios abusivos).
- (iii) El establecimiento de la regla de prohibición aplicable a las conductas (absoluta o per se y relativa o de la razón).
- (iv) La inclusión de diversas modalidades en las que se pueden desarrollar cada una de las prácticas anticompetitivas sancionables.
- (v) La tipificación de prácticas colusorias verticales como supuesto específico de conductas anticompetitivas.
- (vi) La eliminación, en ese entonces, del régimen de sanciones penales para conductas anticompetitivas.
- (vii) El fortalecimiento e incorporación del Programa de Clemencia y los Compromisos de Cese, respectivamente.
- (viii) El mayor detalle sobre indemnización por daños y perjuicios causados por conductas anticompetitivas.
- (ix) El detalle de las facultades de investigación del órgano instructor y la Comisión.

²³ Para una revisión detallada de los antecedentes normativos primigenios de la legislación de libre competencia en el Perú, ver: Gagliuffi, Ivo. (2006). Viaje a la semilla: ¿cómo era regulada la libre competencia en el Perú hasta antes del Decreto Legislativo 701? (2006). En: Universidad de Lima (Ed.), Libro Homenaje Facultad de Derecho (pp. 133-162). Fondo Editorial Universidad de Lima.

GARRIGUES

- (x) El detalle sobre medidas correctivas aplicables.

Como se puede ver, la norma desarrolló importantes cambios en la regulación de libre competencia en el Perú. Adicionalmente, se incluyeron algunas modificaciones adicionales a dicha ley en dos oportunidades. En primer lugar, el Decreto Legislativo 1.205, de septiembre de 2015, el cual introdujo los siguientes cambios:

- (i) Precisiones con respecto a las prácticas colusorias horizontales bajo prohibición absoluta.
- (ii) Facultades del órgano instructor y la Comisión respecto de abogacías de la competencia.
- (iii) Detalle sobre el procedimiento a seguir para la solicitud de orden judicial en los casos en que la ley lo requiere.
- (iv) Aspectos detallados sobre el Programa de Clemencia y los Compromisos de Cese.
- (v) Establecimiento de distintos supuestos de implementación de medidas correctivas.
- (vi) Inclusión del supuesto de reconocimiento de la comisión de infracciones con la aplicación de descuentos sobre la sanción aplicable.
- (vii) Inclusión de la figura del facilitador dentro del ámbito subjetivo de la norma, siendo este agente susceptible de ser sancionado (legitimado pasivo).
- (viii) Mejora de herramientas para la cooperación internacional de la autoridad de competencia.
- (ix) Incremento de las multas aplicables por incumplimiento de requerimientos, presentación de documentación falsa, ocultamiento de información o entorpecimiento del ejercicio de las funciones de la autoridad de competencia.
- (x) Mayor detalle sobre aspectos para la indemnización de daños y perjuicios por razón de conductas anticompetitivas.

Posteriormente, se incluyeron las modificaciones dispuestas a través del Decreto Legislativo 1.396 de septiembre de 2018, el cual incorporó entre otras cosas:

- (i) La modificación y ampliación de determinados plazos en el marco de un procedimiento administrativo en materia de libre competencia.
- (ii) La modificación sobre aspectos vinculados con la información confidencial en el marco de dichos procedimientos.
- (iii) Detalles sobre el procedimiento para casos de indemnización de daños y perjuicios generados por conductas anticompetitivas.
- (iv) La implementación del Programa de Recompensas.
- (v) Mayor detalle sobre los supuestos de suspensión del plazo para resolver en el marco del procedimiento administrativo en materia de libre competencia.

Por otro lado, respecto del control de concentraciones, en junio de 2021 entró en vigencia la Ley 31.112, que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial. Esta norma incorporó el control de concentraciones en general, es decir, para todos los sectores, derogando la Ley 26.876, antigua norma de control de concentraciones aplicable únicamente al sector eléctrico²⁴.

1.4 Tipos de conductas anticompetitivas

La normativa en materia de libre competencia sanciona las conductas anticompetitivas dividiéndolas en dos grandes tipos: (i) Abuso de Posición de Dominio, y (ii) Prácticas Colusorias (que, a su vez, se subdividen en Horizontales y Verticales).

La normativa contempla listas enunciativas o abiertas, sobre las modalidades de conductas que podrían configurar un Abuso de Posición de Dominio o una Práctica Colusoria.

Cabe resaltar que las conductas se analizan bajo dos reglas diferentes, de acuerdo con los artículos 8 y 9 del TUO del DL 1.034: (i) la Regla *Per Se*, según la cual se consideran prohibidas de manera absoluta determinadas conductas, porque se parte de la premisa de que no son capaces de generar beneficio alguno a los consumidores (i.e. fijación de precios entre competidores) y, por tanto, en estos casos, para verificar la existencia de una infracción administrativa, es suficiente que la autoridad acredite la conducta (y ya no sus efectos en el mercado); y (ii) la Regla de la Razón, según la cual se consideran prohibidas de manera relativa determinadas conductas, porque podrían estar justificadas y ser capaces de producir un balance pro-competitivo en el mercado (i.e. contratos de distribución exclusiva) y, por ende, en estos casos, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y también que esta genera efectos negativos netos - reales o potenciales- para la competencia y el bienestar de los consumidores.

1.5 Sujetos pasivos de las acciones de libre competencia

El TUO del DL 1.034 aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad. Se aplica también a quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho antes mencionados, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa. La ley además se aplica a las personas naturales o jurídicas que, sin competir en el mercado en el que se producen las conductas materia de investigación, actúen como planificadores, intermediarios o facilitadores de una infracción sujeta a la prohibición absoluta (i.e. *hub & spoke*). Se incluye en esta disposición a los funcionarios, directivos y servidores públicos, en lo que no corresponda al ejercicio regular de sus funciones.

²⁴ Cabe señalar que previamente el Poder Ejecutivo, durante el interregno parlamentario, promulgó el Decreto de Urgencia 013-2019, mediante el cual se establecía por primera vez de manera transversal el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial; sin embargo, fue derogado por la Ley 31.112, antes de que entrara en vigencia.

1.6 Extraterritorialidad

El TUO del DL 1.034 se rige por la Teoría de los Efectos y, en tal sentido, es aplicable a las conductas que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos en todo o en parte del territorio nacional, aun cuando dicho acto se haya originado en el extranjero.

1.7 Actos de la autoridad y exenciones

El artículo 2 del TUO del DL 1.034 no hace diferenciación sobre los agentes que pueden ser considerados como infractores de la normativa de libre competencia. En ese sentido, dentro del ámbito subjetivo²⁵, se incluyen expresamente a personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público, estatales o no, con o sin fines de lucro.

El alcance incluye además a quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho mencionados. Asimismo, se señala expresamente que se puede sancionar a personas naturales o jurídicas que actúen como planificadores, considerando también a funcionarios públicos, directivos o servidores públicos, en todo aquello que no corresponda al ejercicio regular de sus funciones.

Sin perjuicio de lo señalado, el artículo 3 del DL 1.034 establece una exención, al señalar que se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la norma aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal. El cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante las vías correspondientes (i.e. acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional) y no ante la autoridad de competencia.

Sobre el particular, la Sala emitió un precedente vinculante en su Resolución 479-2014/SC1-INDECOPI del 16 de abril de 2014²⁶, refiriéndose a la aplicación de la exención descrita, considerando lo siguiente:

- (i) La referencia a los actos que son “consecuencia de una norma legal”, incluida en el artículo 3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, debe entenderse como la necesidad de contar con autorización legal o incluso una obligación de realizar la conducta bajo análisis.
- (ii) Asimismo, a efectos de la aplicación del artículo 3 referido, deberá entenderse que la interpretación de la “norma legal” en la que se basa la exención debe ser restrictiva o literal, es decir, la norma debe autorizar claramente la conducta bajo análisis y no debe aplicarse extensivamente a otras conductas.
- (iii) En el análisis de conductas que podrían ser susceptibles de ser consideradas como prácticas anticompetitivas, pero que a la vez podrían estar siendo autorizadas por una norma legal, deberán seguirse los siguientes pasos:

²⁵ Por “ámbito subjetivo” nos referimos al conjunto de sujetos pasivos sobre los que puede recaer la aplicación de la normativa de competencia.

²⁶ Disponible en:

<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/220fb8aa-055c-47b3-b046-f3972b402e83>.

- Analizar, bajo una interpretación estricta o literal, si la “norma legal”, es decir, una norma distinta a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, autoriza o no una determinada conducta.
- Si en efecto la “norma legal” autoriza la conducta, la autoridad de competencia no podrá sancionarla, independientemente de si esta causa o no un daño anticompetitivo a terceros. Si fuera el caso que la “norma legal” autoriza una determinada conducta, pero se considera que existen indicios que esta está siendo ejercida de manera “irrazonable”, corresponde a la autoridad de competencia poner dichos hechos en conocimiento de la entidad competente de aplicar la “norma legal”.
- Si la conducta bajo análisis no es autorizada expresamente por la norma legal, la autoridad de competencia deberá analizarla bajo los criterios de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y los demás precedentes aplicables.

2. Régimen general de sanciones

El artículo 46 del TULO del DL 1.034 clasifica a las sanciones en multas por infracciones “leves”, “graves” o “muy graves”. Las multas por infracciones leves pueden ascender a quinientas (500) UIT²⁷, las por infracciones graves a mil (1.000) UIT, mientras que las por infracciones muy graves incluso pueden ser superiores a este último monto.

Todo lo anterior, siempre y cuando la multa no supere un porcentaje determinado de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas durante el ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión (8% para infracciones “leves”, 10% para infracciones “graves”, y 12% para infracciones “muy graves”).

En caso de que se trate de colegios profesionales o gremios de empresas, o agentes económicos que hubieran iniciado sus actividades después del 1 de enero del ejercicio anterior a la decisión que impone la multa, esta no podrá superar en ningún caso los mil (1.000) UIT.

Adicionalmente, se puede imponer una multa de hasta cien (100) UIT a personas naturales, ya sean representantes legales o integrantes de los órganos de dirección o administración, según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.

Por otro lado, es posible la imposición de multas ante la presentación de información falsa, el ocultamiento, destrucción o alteración de información requerida por los órganos de competencia, el incumplimiento injustificado de los requerimientos de información, o la negativa a comparecer, el entorpecimiento del ejercicio de las funciones de los órganos de competencia. Estas multas pueden ascender a mil (1.000) UIT siempre que no superen el 10% de las ventas o ingresos brutos del infractor o su grupo económico correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la decisión de la Comisión.

²⁷ La UIT es la Unidad Impositiva Tributaria, la cual es empleada en el Perú para calcular el monto de tasas administrativas o multas. La UIT se actualiza anualmente. Para el 2024 se ha fijado en PEN 5150 (aproximadamente USD 1378).

3. Proyectos en tramitación

En el Perú, al momento de la redacción de este documento, no existen proyectos de ley en materia de libre competencia que se encuentren siendo tramitados en el Congreso de la República. No obstante, existen proyectos que buscan modificar el régimen económico de la Constitución u otorgar rango constitucional al INDECOPI cuyo contenido podría impactar en la aplicación de las normas de libre competencia. Sin embargo, no se observa un apoyo significativo a estas iniciativas. Las últimas modificatorias efectivas en la regulación sobre la materia fueron la aprobación de la Ley 31.112 (2021), que establece el control de fusiones; y la Ley 31.775 (2023), que especifica el delito de abuso de poder económico.

4. Estructura orgánica de la institucionalidad

4.1 Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia²⁸

- (i) Composición: la Dirección es el órgano de línea con autonomía técnica a cargo del inicio e instrucción del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas regulado por el TUO del DL 1.034. Asimismo, es el encargado de ejercer las acciones de ordenación, instrucción e investigación sobre las operaciones de concentración empresarial sometidas a los procedimientos previstos por la Ley 31.112. Se encuentra a cargo de un Director Nacional.
- (ii) Designación: el Director Nacional es designado por la Gerencia General del INDECOPI (artículo 13 del Reglamento de Organización y Funciones del INDECOPI).
- (iii) Período: ilimitado, desempeñándose a tiempo completo y dedicación exclusiva.
- (iv) Remoción:
 - Por decisión de la Gerencia General.
 - Renuncia voluntaria aceptada por el Gerente General del INDECOPI.
- (v) Número de profesionales: actualmente, la Dirección cuenta con aproximadamente cuarenta y cinco (45) funcionarios.
- (vi) Unidades internas: si bien la Dirección no cuenta formalmente con subáreas, existen tres (3) grandes equipos (Divisiones) en función a su especialidad: control de conductas, control de estructuras, y promoción de la competencia.
- (vii) Facultades: la Dirección cuenta con amplias facultades para el ejercicio de sus funciones. Entre ellas, se destacan: (i) la realización de investigaciones preliminares, (ii) el inicio de oficio de procedimientos de investigación y sanción de conductas anticompetitivas, y la

²⁸ Si bien el TUO del DL 1.034 habla de "Secretaría Técnica", el artículo 96 del "Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual" crea la "Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia", y el artículo 97 le asigna a este órgano la tarea de "Ejercer las funciones de Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia".

instrucción del procedimiento, (iii) solicitar a la Comisión el dictado de medidas cautelares, (iv) realizar estudios y publicar informes, (v) elaborar propuestas de Lineamientos, y (vi) realizar actividades de capacitación y difusión de la normativa de libre competencia.

Asimismo, para el desarrollo de sus actividades de investigación, la Dirección tiene facultades para: (i) realizar visitas de inspección (*dawn raids*) con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o agentes económicos; (ii) exigir la exhibición de todo tipo de documento, como correspondencia interna y externa, y registros magnéticos o electrónicos; (iii) citar e interrogar a las personas materia de investigación o sus funcionarios; (iv) requerir, previa autorización judicial, copia de la correspondencia privada contenida en archivos físicos o electrónicos; y (v) solicitar autorización judicial para el levantamiento del secreto de las comunicaciones (incluyendo la captura de teléfonos móviles y otros dispositivos, monitoreo de llamadas y copia de mensajes personales enviados o recibidos con cualquier aplicación).

Al respecto, estas facultades de investigación permiten a la Dirección contar con diversas herramientas con el objetivo de obtener medios probatorios que acrediten la existencia de cárteles en el Perú. Asimismo, la posibilidad de requerir correspondencia privada y levantar el secreto de las comunicaciones facilita la labor de la autoridad con la adopción de nuevas tecnologías utilizadas por los agentes económicos para planificar, ejecutar y monitorear estos acuerdos ilegales.

4.2 Comisión de Defensa de la Libre Competencia

- (i) Composición: está compuesta por cuatro (4) miembros, uno de los cuales lo preside. El Vicepresidente reemplaza al Presidente en los casos de ausencia o impedimento temporal. Los comisionados deben contar con reconocida solvencia e idoneidad profesional y cinco (5) años de experiencia en temas afines a la materia de competencia de la respectiva Comisión. Al igual que la Sala y la Dirección, los comisionados gozan de autonomía técnica.
- (ii) Designación: los comisionados son designados por el Consejo Directivo del INDECOP, previa opinión del Órgano Consultivo.
- (iii) Periodo: el período de designación es de cinco (5) años, pudiendo ser designados por un período adicional.
- (iv) Vacancia:
 - Fallecimiento.
 - Incapacidad permanente.
 - Renuncia aceptada.
 - Impedimento legal sobreviniente a la designación.
 - Remoción por falta grave o por causa aprobada por el Órgano Consultivo.
 - Inasistencia injustificada a tres (3) sesiones consecutivas o cinco (5) no consecutivas en el período de un (1) año.

GARRIGUES

(v) Número de profesionales: está conformada por cuatro comisionados.

4.3 Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual

(vi) Composición: la Sala es un órgano con autonomía técnica y funcional especializada en competencia, la cual se encuentra conformada por cinco (5) vocales, en cuya composición deberá procurarse un colegiado multidisciplinario.

(vii) Designación: son designados por Resolución Suprema, refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros, a propuesta del Consejo Directivo del INDECOPI, previa opinión del Órgano Consultivo. Son requisitos para ser designado Vocal contar con una reconocida solvencia e idoneidad profesional y con cinco (5) años de experiencia en temas afines a la materia de competencia de la respectiva Sala.

(viii) Período: el período de designación de los vocales es de cinco (5) años, pudiendo ser designados por otro adicional. Si al término del período no se realiza la designación del nuevo Vocal, el Vocal saliente se mantendrá en sus funciones hasta por un plazo máximo de tres (3) meses posteriores al vencimiento.

(ix) Vacancia:

- Fallecimiento.
- Incapacidad permanente.
- Renuncia aceptada.
- Impedimento legal sobreviniente a la designación.
- Remoción por falta grave o por causa aprobada por el Órgano Consultivo.
- Inasistencia injustificada a tres (3) sesiones consecutivas o cinco (5) no consecutivas en el período de un año.

5. Abuso de posición dominante

5.1 Normativa aplicable

Las prácticas de abuso de una posición de dominio son analizadas de acuerdo con el artículo 10 del TUO del DL 1.034. En particular el artículo 10.1 de dicha norma dispone que el abuso de posición de dominio existe cuando un agente dominante en el mercado relevante utiliza su posición para restringir indebidamente la competencia, con el ánimo de obtener beneficios, perjudicando a competidores reales o potenciales, ya sea directos o indirectos. Lo anterior, en la medida que la conducta abusiva no hubiera sido posible de no mediar la existencia de posición de dominio.

Por su parte, según el artículo 10.4 del TUO del DL 1.034, las prácticas de abuso de una posición de dominio tienen una prohibición relativa, por lo que, conforme al artículo 9 del mismo texto normativo, para acreditar la existencia de una infracción la autoridad debe verificar la conducta y que esta tiene o podría tener efectos negativos sobre la competencia y el bienestar del consumidor.

Las conductas potencialmente abusivas se analizan, por lo tanto, aplicando el estándar de la llamada Regla de la Razón.

5.2 Posición dominante

De acuerdo con el artículo 7.2 del TUO del DL 1.034, la mera tenencia de una posición de dominio no constituye una conducta ilícita. Asimismo, según el artículo 7.1 del mismo texto, se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o la demanda en dicho mercado. Lo anterior, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- (i) Una participación significativa en el mercado relevante.
- (ii) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (iii) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- (iv) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro, así como a redes de distribución.
- (v) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- (vi) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de estos.

5.3 Conductas de abuso de posición de dominio

El TUO del DL 1.034, solo considera como conductas abusivas aquellas que pueden tener efecto excluyente. En particular, el artículo 10.2 considera una lista enunciativa de ese tipo de conductas, tales como: negativa injustificada de trato, aplicación de condiciones comerciales desiguales para prestaciones equivalentes (discriminación), sujetar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que no guardan relación con el objeto de tales contratos (ventas atadas), imponer contratos de distribución o venta exclusiva o cláusulas de no competencia que no estén justificados, utilizar de forma abusiva y reiterada procesos judiciales o administrativos orientados a restringir la libre competencia (*Sham litigation*), entre otros.

En general serán consideradas prácticas abusivas aquellas que impidan o dificulten la entrada o permanencia a competidores actuales o potenciales, por razones distintas a una mayor eficiencia económica.

5.4 Estándar de evaluación de las conductas

En diversas resoluciones la Sala ha definido la secuencia de análisis en casos de abuso de posición de dominio²⁹. Esto ha sido recogido en los Lineamientos para la Interpretación de Aspectos Específicos de la Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas³⁰ que dispone las condiciones concurrentes según el siguiente detalle

- (i) Definir el mercado relevante en el que se desarrolla la práctica potencialmente abusiva.
- (ii) Determinar si alguna de las partes denunciadas ostenta posición de dominio.
- (iii) Establecer si la conducta denunciada se encuentra acreditada.
- (iv) Ponderar los objetivos restrictivos de la competencia frente a las justificaciones basadas en eficiencias pro competitivas, y si el balance es positivo no se podrá configurar una infracción.

De acuerdo con diversos pronunciamientos de la Comisión y la Sala, no es necesario verificar la existencia de efectos de exclusión efectivos, basta con acreditar que la conducta puede tener potencialmente tales efectos.

5.5 Tendencias

La mayor parte de los procedimientos por abuso de posición dominante han sido iniciados por denuncias de parte, es decir, por agentes económicos privados, y no por acciones de oficio por parte de la Dirección.

6. Prácticas colusorias horizontales

6.1 Normativa aplicable

El régimen legal aplicable descrito en el artículo 11 del TUO del DL 1.034 establece que será una práctica colusoria “horizontal” cualquier acuerdo, decisión, recomendación o práctica concertada realizada por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia. Ejemplos de estas, enumerados en la misma ley, son la concertación sobre (o para):

- (i) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicios.

²⁹ Por ejemplo, ver Resoluciones N° 0589-2015/SDC-INDECOPI y N° 0460-2016/SDC-INDECOPI, ambas disponibles en: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>.

³⁰ Comisión de Defensa de la Libre Competencia (2016) *Lineamientos para la Interpretación de Aspectos Específicos de la Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas*, Sección 2.1, publicado mediante Resolución N° 129-2016-INDECOPI/COD. Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3898344/CLC%20-%20Lineamientos%20para%20la%20interpretaci%C3%B3n%20de%20aspectos%20espec%C3%ADficos%20de%20la%20Ley%20de%20Represi%C3%B3n%20de%20Conductas%20anticompetitivas.pdf>

- (ii) La limitación o control de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones.
- (iii) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas.
- (iv) La calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor.
- (v) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situaciones desventajosas frente a otros.
- (vi) La subordinación injustificada de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos.
- (vii) La negativa injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios.
- (viii) Obstaculizar injustificadamente la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, una asociación o una organización de intermediación.
- (ix) La distribución o venta exclusiva e injustificada.
- (x) Presentar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de estas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.
- (xi) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

Asimismo, la norma determina que existen algunas de estas conductas que siempre son especialmente dañinas para la competencia y el mercado, las cuales son conocidas como “*hardcore cartels*” o “cárteles duros”. En ese caso, el artículo 11.2 del TUO del DL 1.034 establece que constituyen prohibiciones absolutas las prácticas colusorias horizontales *inter marca* (i.e. entre agentes económicos que no pertenezcan a un mismo grupo económico) que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos y que tengan por objeto:

- (i) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
- (ii) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- (iii) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
- (iv) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

El resto de las prácticas colusorias, en consecuencia, serían prohibiciones relativas (artículo 11.3 del TUO del DL 1.034).

6.2 Prescripción

El plazo de prescripción para este tipo de conductas es de 5 años desde el último acto de ejecución de la conducta infractora. Cabe señalar que la prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Dirección relacionado con la investigación de la infracción y que sea puesto en conocimiento del presunto responsable.

6.3 Delación compensada

Esta figura se prevé en la normativa peruana a través del denominado Programa de Clemencia. Este consiste en que, antes del inicio de un procedimiento administrativo sancionador, cualquier persona podrá solicitar que se le exonere de sanción a cambio de aportar pruebas que ayuden a detectar y acreditar la existencia de una práctica colusoria, así como sancionar a los responsables (artículo 26.1 TUO del DL 1.034).

Si son varios los agentes económicos que solicitan la exoneración de sanción, solo el primero que haya aportado elementos de prueba respecto de la existencia de la conducta anticompetitiva y de la identidad de los infractores, será beneficiado con la exoneración total (Clemencia de Tipo A)³¹. Lo anterior, salvo que la Dirección ya cuente con indicios de la existencia de la práctica colusoria, en cuyo caso la Dirección evaluará prudencialmente el monto de la reducción, entre un 50% y el 100% de la multa aplicable, dependiendo de la utilidad y eficacia de la información aportada (Clemencia de Tipo B)³².

Otros agentes económicos que aporten información relevante podrán ser beneficiados con la reducción de la multa (Clemencia de Tipo C)³³, si dicha información aporta un valor agregado significativo a las actividades de instrucción y sanción de la Dirección y la Comisión (artículo 26.3 TUO del DL 1.034).

Para la reducción de multa, el TUO del DL 1.034 contempla los siguientes rangos:

- (i) El segundo solicitante podrá recibir una reducción entre el 30% y el 50% de la multa que hubiese resultado aplicable.
- (ii) El tercer solicitante podrá recibir una reducción entre el 20% y el 30%.
- (iii) Los solicitantes subsiguientes podrán recibir una reducción máxima del 20%.

Algunos de los requisitos para participar en el programa de clemencia son: (i) que la persona natural o jurídica haya participado del cártel; y (ii) que presente su colaboración plena con las actividades de investigación de la autoridad. En ese sentido, se requerirá que aporte información relevante para la acreditación de la conducta, y que mantenga un deber de colaboración durante

³¹ Véase: Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (2017), “Guía del Programa de Clemencia”. Sección 3.1.: Exoneración de la sanción.

³² Ídem.

³³ Véase: Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (2017), “Guía del Programa de Clemencia”. Sección 3.2.: Reducción de la sanción.

todo el procedimiento. La Comisión, en agosto de 2017, publicó la Guía del Programa de Clemencia, en donde detalla algunos aspectos adicionales respecto del programa³⁴.

6.4 Sanciones particulares

De acuerdo con la Vigésima Tercera Disposición Complementaria Final del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30.225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF³⁵, si el INDECOPI califica una práctica anticompetitiva realizada en el marco de una contratación con el Estado como una infracción muy grave y ese extremo de la resolución final queda firme, entonces el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) inscribe a los infractores en el registro de inhabilitados para contratar con el Estado, y estos se mantendrán en el mismo por el plazo de un (1) año.

6.5 Criminalización

El 7 de junio de 2023, se publicó la Ley 31.775, mediante la cual se modificó el artículo 232 del Código Penal, sobre el delito de Abuso del poder económico, dentro de los *delitos contra el orden económico*³⁶. Con esta modificación, las prácticas colusorias horizontales sujetas a la prohibición absoluta (cárteles duros) podrían ser sancionadas no solo en sede administrativa, sino también en sede judicial penal, pudiendo ser procesadas de manera individual las personas naturales involucradas en el presunto delito. La Ley N° 31.775 ha previsto, no obstante, que los beneficiarios de la exoneración total bajo el Programa de Clemencia, podrán beneficiarse también de la inmunidad en sede penal.

6.6 Tendencias

La Comisión ha desempeñado una ardua labor en la detección de prácticas colusorias horizontales, específicamente, la detección de *hardcore cartels*, cuyas sanciones han sido generalmente confirmadas por la Sala en segunda instancia administrativa. Asimismo, el programa de clemencia ha venido cumpliendo un rol relevante para la detección de este tipo de conductas. Sin perjuicio de ello, en el mediano plazo deberá analizarse el impacto que ha tenido la criminalización de cárteles y el otorgamiento de inmunidad penal a los beneficiarios de la exoneración total en un programa de clemencia, según la Ley 31.775 del año 2023.

³⁴ Al respecto, ver la Guía del Programa de Clemencia, disponible en:

<https://www.INDECOPI.gob.pe/documents/1902049/3761587/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia.pdf>

³⁵ Ley de Contrataciones del Estado. “Vigésima Tercera Disposición Complementaria Final. - Prácticas Anticompetitivas en contrataciones del Estado.- En el marco de lo regulado en la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, cuando el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) determina una infracción a dicha Ley calificada como muy grave y la sanción quede firme, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) procede a la inscripción de los infractores en el registro de inhabilitados o el que haga sus veces para contratar con el Estado por el plazo de un año”.

³⁶ Código Penal “Artículo 232.- Abuso del poder económico. El que participa en acuerdo o práctica anticompetitiva sujeto a una prohibición absoluta establecida en el Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, o norma que lo sustituya, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4.”

7. Prácticas colusorias verticales

7.1 Normativa aplicable

La regulación aplicable a estas conductas se encuentra descrita en el artículo 12 del TUO del DL 1.034, que señala que son prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de una misma cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.

Al respecto, la norma indica que estas conductas ilícitas verticales podrán consistir en los supuestos tipificados para los casos de abuso de posición de dominio y para los casos de prácticas colusorias horizontales.

Adicionalmente, establece que esta práctica anticompetitiva requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa a la realización de la conducta, posición de dominio en el mercado relevante.

Al igual que las conductas de abuso de posición de dominio, las prácticas colusorias verticales se rigen por una prohibición relativa y, por tanto, se analizan conforme a la Regla de la Razón.

7.2 Prescripción

Al igual que las prácticas colusorias horizontales, el plazo de prescripción para este tipo de conductas es de cinco (5) años de realizado el último acto de ejecución de la conducta infractora. Debemos recordar una vez más que la prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Dirección relacionado con la investigación de la infracción, y que sea puesto en conocimiento del presunto responsable.

7.3 Facultades específicas

Estas facultades son las mismas que aplican para la investigación y detección de las conductas de abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias horizontales.

7.4 Delación compensada

No aplica la delación compensada para este tipo de conductas.

7.5 Tendencias

La Comisión no ha impulsado mayormente investigaciones en materia de prácticas colusorias verticales. Ello fue reseñado en el *Peer Review* sobre Derecho y Política de Competencia en el Perú, elaborado por la OCDE y el Banco Interamericano de Desarrollo en 2018³⁷.

³⁷ Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/PERU-Peer-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy-2018.pdf>

8. Competencia desleal

8.1 Normativa aplicable

El Decreto Legislativo 1.044, Ley de Represión de la Competencia Desleal (“DL 1.044”), de 26 de julio de 2008, regula el sistema de leal competencia y reprime aquellos actos de competencia desleal que tengan como efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo. Sus disposiciones son aplicables a toda persona natural o jurídica que oferte o demande bienes o servicios en el mercado, que realice conductas que produzcan o puedan producir efectos en territorio peruano, aun cuando el acto se haya originado en el extranjero.

En cuanto a las conductas, para que un acto sea considerado desleal, basta que contravenga la Cláusula General prevista en el artículo 6º del DL 1.044, es decir, que sea objetivamente contrario a la buena fe empresarial, siendo esta premisa la que tipifica en esencia los actos desleales.

En tal sentido, la deslealtad de la conducta concurrencial se va a determinar en atención a que dicha conducta no responde a su propia eficiencia, sino a un actuar vulnerando las exigencias de la buena fe objetiva. De esta manera, se consideran como actos contrarios a las exigencias de la buena fe empresarial (desleales) a aquellos que tienen como consecuencia que un competidor adquiera una mejor posición competitiva -atraiga clientes o proveedores-. Esto, mediante actuaciones que no se basen en el esfuerzo empresarial propio, sino que sean en esencia actuaciones obstruccionistas contra terceros competidores.

8.2 Clasificación (tipos de conductas)

El legislador ha considerado conveniente consignar, adicionalmente a la tipificación propia de los actos desleales contenida en la Cláusula General, un listado enunciativo o ejemplificativo de éstos, a fin de orientar a los administrados con mayor certeza sobre las conductas que se entienden que infringen dicha Cláusula General, para lo cual emplea la siguiente clasificación:

- (i) *Actos que afectan la transparencia del mercado:* actos de Engaño; actos de Confusión.
- (ii) *Actos vinculados a la reputación de otro agente económico:* actos de Explotación Indevida de la Reputación Ajena; actos de Denigración; actos de Comparación y Equiparación Indevida;
- (iii) *Actos que alteran de forma indebida la posición competitiva:* actos de Violación de Secretos Empresariales; actos de Violación de Normas (que incluyen la violación del principio constitucional de subsidiariedad estatal en el desarrollo de actividades económicas en el mercado); actos de Sabotaje Empresarial;
- (iv) *Actos desarrollados mediante la actividad publicitaria:* actos contra el Principio de Autenticidad; actos contra el Principio de Legalidad; actos contra el Principio de Adecuación Social.

Cabe resaltar que, a nivel jurisprudencial, lo cierto es que el INDECOPI admite o encausa las denuncias por actos de competencia desleal empleando alguna de las mencionadas conductas contenidas en la lista enunciativa, estableciéndose una serie de supuestos contenidos en el DL 1.044 que deben cumplirse para que sean considerados desleales. Por su parte, la figura de la Cláusula General es utilizada cuando la conducta denunciada tiene características propias y

atípicas que no se asemejan a alguna de las figuras infractoras ya enunciadas en la normativa, es decir, que es aplicada de manera residual³⁸.

8.3 Autoridad Competente

La autoridad competente para conocer los casos en esta materia es la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI, en primera instancia administrativa, y la Sala como segunda instancia administrativa.

8.4 Procedimiento

El procedimiento puede iniciarse por iniciativa de oficio o por denuncia de parte, luego de lo cual el denunciado presentará sus descargos para que procedan a actuarse los medios probatorios que se consideren oportunos y se emita resolución final. La primera instancia resuelve en un plazo máximo aproximado de doscientos cinco (205) días hábiles y, de existir apelación sobre dicha resolución, la segunda instancia resuelve en un plazo máximo de ciento veinte (120) días hábiles, de conformidad con el DL 1.044.

³⁸ Ver Resoluciones N° 25-2022/SDC-INDECOPI, N° 86-2021/SDC-INDECOPI, N° 98-2018/SDC-INDECOPI, N° 235-2017/SDC-INDECOPI y N° 3156-2012/SDC-INDECOPI.

8.5 Sanciones

En caso de encontrar responsabilidad en el infractor, la autoridad podrá imponer una multa de hasta setecientas (700) UIT por infracción, siempre que no se supere el 10% de los ingresos brutos percibidos por el infractor relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.

9. Operaciones de concentración

9.1 Normativa aplicable

Ley 31.112, que Establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, fue publicada el 7 de enero de 2021 y entró en vigor el 14 de junio de 2021. Esta norma reemplazó al Decreto de Urgencia 013-2019 del Poder Ejecutivo, publicado el 19 de noviembre de 2019, que introdujo, por primera vez, un régimen general de control de concentraciones empresariales en el Perú. La Ley 31.112, derogó, además, la Ley 26.876, ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, que estableció el control de operaciones de concentración solo al sector eléctrico peruano, desde 1993.

La Ley 31.112 fue reglamentada por Decreto Supremo 039-2021-PCM, en marzo 2021. Dicho reglamento, entre otras cosas: (i) estableció un procedimiento ordinario y otro simplificado para la notificación de operaciones de concentración; (ii) definió el ámbito de cálculo de los umbrales económicos para determinar la obligación de notificar; (iii) reguló el procedimiento para la revisión de condiciones; y (iv) estableció las circunstancias especiales que pueden justificar una investigación de oficio de operaciones que no tienen la obligación de notificar.

De manera complementaria, la Comisión ha aprobado y publicado Lineamientos para el Cálculo de Umbrales de Notificación (“Lineamientos para el Cálculo de Umbrales”)³⁹, que establecen los detalles del cálculo de los umbrales económicos que determinan si una operación debe ser notificada de manera obligatoria o no. Asimismo, recientemente la Comisión aprobó los Lineamientos para la Calificación y Análisis de las Operaciones de Concentración (“Lineamientos para la Calificación de Concentraciones”)⁴⁰.

9.2 Autoridades

La autoridad en materia de competencia para la aplicación de la Ley 31.112 es la Comisión. Sin embargo, tratándose de operaciones de entidades que captan depósitos del público, tales como bancos e instituciones financieras, se requiere la aprobación conjunta de la Comisión en materia de competencia, y de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), según sus atribuciones. Asimismo, en la medida que una operación de concentración entre entidades que captan depósitos del público revista un riesgo sistémico para la estabilidad del sistema bancario y financiero, solo se requerirá la aprobación de la SBS. De otro lado, en los casos en los que una operación involucre agentes económicos cuyas actividades hayan sido autorizadas por la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), se requerirá la aprobación conjunta de la Comisión, en materia de competencia, y de la SMV según sus atribuciones.

³⁹ Resolución 022-2021/CLC-INDECOPI, del 19 de mayo de 2021.

⁴⁰ Resolución 103-2022/CLC-INDECOPI, del 27 de diciembre de 2022.

9.3 Operaciones de concentración notificables

De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 31.112, las operaciones de concentración bajo el ámbito de dicha norma corresponden a todo acto u operación que implique una transferencia o cambio en el control de una empresa o parte de ella. Dichas concentraciones pueden producirse a consecuencia de las siguientes operaciones (ver Tabla N° 1):

Tabla N° 1

Hipótesis de operaciones de concentración empresarial cubiertas por la Ley 31.112

Tipo de operación	Comentario
<p>a) Una fusión de dos o más agentes económicos, los cuales eran independientes antes de la operación, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión.</p>	<p>La independencia se refiere a los agentes que no forman parte de un mismo grupo económico. Asimismo, la Ley 31.112 define al agente económico como la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, de derecho privado o de derecho público, que ofrezca o demande bienes o servicios y que sea titular de derechos o beneficiario de los contratos o que, sin ser titular de dichos derechos ni beneficiario de dichos contratos, pueda ejercer los derechos inherentes a los mismos. Esto incluye a los fondos de inversión, nacionales o extranjeros (artículo 3).</p>
<p>b) La adquisición por parte de uno o más agentes económicos, directa o indirectamente, de derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, ejercer el control sobre la totalidad o parte de uno o varios agentes económicos.</p>	<p>El concepto de control ha sido definido en el artículo 3 de la Ley 31.112, como la posibilidad de ejercer una influencia decisiva y continua sobre un agente económico mediante (i) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa, o (ii) derechos o contratos que permitan influir de manera decisiva y continua sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa, determinando directa o indirectamente la estrategia competitiva.</p> <p>En diversa jurisprudencia de la Comisión, se ha considerado que el control puede ser de tipo positivo o negativo, lo que ha sido recogido en los Lineamientos para la Calificación de Concentraciones.</p>
<p>c) La constitución por dos o más agentes económicos independientes entre sí de una empresa en común, <i>joint venture</i> o cualquier otra modalidad contractual análoga que implique la adquisición de control conjunto sobre uno o varios agentes económicos, de</p>	<p>Los Lineamientos para la Calificación y análisis de operaciones de concentración emitidos por la Comisión han definido en este supuesto la suscripción de contratos asociativos, tales como contratos de asociación en participación (<i>joint ventures</i>) y</p>

tal forma que dicho agente económico desempeñe las funciones de una entidad económica autónoma.	consorcios ⁴¹ . Además, se incorporan contratos de riesgo compartido y otras formas de modalidad asociativa que impliquen el control conjunto de dos o más agentes, pudiendo involucrar asociaciones, sociedades de hecho y cualquier estructura organizacional que sea diferente a la de sus integrantes.
d) La adquisición por un agente económico del control, directo o indirecto, por cualquier medio, de activos productivos operativos de otro u otros agentes económicos.	El Reglamento precisó que un activo productivo operativo es aquél que generó flujo de negocios, ventas o ingresos para el agente económico durante el año anterior a la transacción.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 31.112, las operaciones de concentración bajo el ámbito de aplicación de la norma son todas aquellas que produzcan efectos en todo o en parte del territorio nacional. Esto también incluye actos de concentración que se realicen en el extranjero y vinculen directa o indirectamente a agentes económicos que desarrollan actividades económicas en el país, es decir, debe existir un nexo geográfico con los mercados nacionales.

⁴¹ Véase: Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia (2023) "Lineamientos para la calificación y análisis de las operaciones de concentración empresarial". Sección 1.2.3.: Constitución de una empresa en común, joint venture y modalidades análogas.

9.4 Umbrales de notificación obligatoria

Una operación que califique como una concentración empresarial y tenga nexo geográfico en el Perú, debe ser notificada de manera obligatoria a la Dirección de manera previa a su materialización, siempre y cuando se cumplan de manera concurrente los siguientes umbrales económicos⁴²:

- (i) Umbral Conjunto: la suma del valor de ventas o ingresos brutos anuales generados en el Perú (primera hipótesis), o el valor contable de los activos en el Perú (segunda hipótesis), de (i) el agente económico adquiriente y su grupo económico; junto con (ii) el del agente económico adquirido y su grupo económico (en el caso de fusiones, o acuerdos asociativos); o del agente económico adquirido y de los agentes sobre los cuales este ejerza control (en el caso de adquisiciones de acciones o derechos); correspondiente al ejercicio fiscal anterior al de la operación; debe ser igual o mayor a ciento dieciocho mil (118.000) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), aproximadamente USD 156 Millones; y,
- (ii) Umbral Individual: el valor de ventas o ingresos brutos anuales generados en el Perú (primera hipótesis), o el valor contable de los activos en el Perú (segunda hipótesis), de al menos dos de las empresas involucradas en la operación (consideradas cada una de forma individual), correspondiente al ejercicio fiscal anterior al de la operación; debe ser igual o mayor a dieciocho mil (18.000) UIT, aproximadamente USD 23 millones⁴³.

El Reglamento y los Lineamientos para el Cálculo de Umbrales, establecen el ámbito de información y los detalles para su cómputo.

Por ejemplo, tratándose de operaciones que consistan en la compra de derechos que implican la toma de control de un agente económico por otro previamente independiente, los umbrales deben considerar las ventas, ingresos brutos, o activos a valor contable del agente adquiriente y su grupo económico en el Perú, así como del agente adquirido y solo los agentes sobre los que este último ejerce control⁴⁴.

Asimismo, en el caso del cálculo de umbrales por activos, se aplica una excepción para determinar si los activos están ubicados en el Perú. En particular, los Lineamientos para el Cálculo de Umbrales disponen que si las ventas atribuibles a un activo en particular se destinan en más del 50% al extranjero (exportaciones), se considerará que dicho activo no está ubicado en el Perú y, por lo tanto, su valor contable no será tomado en cuenta para efectos del cálculo de umbrales⁴⁵. Esta excepción busca ser coherente con el tratamiento del cálculo de umbrales por ventas o servicios, que consideran el lugar donde se entrega o presta el servicio, independientemente del domicilio del prestador.

⁴² Cabe resaltar que los umbrales no se basan en el valor de la operación, sino en la suma de los factores de ventas o ingresos brutos, o en el valor contable de activos en el Perú.

⁴³ Artículo 6.1 de Ley 31.112.

⁴⁴ Comisión de Defensa de la Libre Competencia (2021) "Lineamientos para el Cálculo de los Umbrales de Notificación". Sección 2: identificación de las empresas involucradas.

⁴⁵ Ídem. Sección 3.2.3. Valor de los activos: Nexo geográfico.

9.5 Notificación voluntaria e investigación de oficio

El numeral 6.4 del artículo 6 de la Ley 31.112 dispone que la Dirección podrá actuar de oficio en los casos en que hubiera indicios razonables para considerar que la operación de concentración puede generar posición de dominio o afectar la competencia efectiva en el mercado relevante.

De esta manera, la Ley 31.112 establece que la notificación de la operación es voluntaria para las partes cuando las empresas involucradas no alcancen los umbrales establecidos en el numeral 1 del artículo 6 de la norma.

Una lectura conjunta de estas disposiciones implica que la Dirección tiene facultades para investigar de oficio los efectos de una operación que satisfaga las condiciones de cambio de control entre agentes económicos y nexo geográfico, pero que no alcance los umbrales económicos previstos en la legislación. Asimismo, el marco legal brinda al administrado la posibilidad de efectuar una notificación de carácter voluntario, en caso de que considere que existen indicios razonables de que la operación pueda generar una posición de dominio o afectar la competencia efectiva en el mercado relevante.

Sin embargo, la revisión de oficio no puede ser activada de manera arbitraria, sino que se encuentra comprendida bajo una serie de parámetros orientados a identificar indicios razonables sobre la creación de una posición de dominio o una restricción significativa a la competencia en los mercados relevantes involucrados. Así, la Dirección solo puede iniciar el procedimiento de revisión de oficio de una operación de concentración empresarial hasta un (1) año después de su cierre formal⁴⁶.

Finalmente, esta revisión de oficio supone que la autoridad acredite la existencia de circunstancias especiales en las que se identifique indicios razonables de que la Operación puede generar una posición de dominio o afectar la competencia efectiva en el mercado relevante.

Al respecto, el Reglamento prevé una lista abierta de circunstancias especiales, señalando algunos ejemplos que se detallan a continuación:

“Artículo 23. Criterios y parámetros para la actuación de oficio de la Secretaría Técnica ante operaciones de concentración empresarial

23.2 Se consideran circunstancias especiales, los supuestos detallados a continuación, entre otros:

- (a) Las operaciones de concentración empresarial horizontal realizadas en mercados concentrados.*
- (b) Las operaciones de concentración empresarial horizontal que involucren la adquisición de un agente económico con una participación pequeña en el mercado, pero con potencial de crecimiento; o, de un agente económico innovador que recientemente han ingresado al mercado*
- (c) Las operaciones de concentración empresarial horizontal, en las que el agente económico adquirente o su grupo económico ha realizado anteriormente*

⁴⁶ Artículo 23.4 del Reglamento.

operaciones de concentración empresarial que involucraron la adquisición de un competidor.

- (d) *Otras operaciones de concentración empresarial que tengan la potencialidad de generar posibles efectos restrictivos significativos de la competencia.”*

Se debe tomar en cuenta que el supuesto d) precedente, engloba cualquier operación de concentración que tenga la potencialidad de generar efectos restrictivos significativos sobre la competencia. Esto puede leerse en sentido amplio, de tal manera que aun y cuando una operación no genere efectos significativos eficaces al momento de concretarse la operación, sí podría investigarse si se piensa que tales efectos no se han materializado, pero podrían hacerlo en el futuro.

9.6 Consultas previas

De acuerdo con el artículo 17 de la Ley 31.112, antes del inicio del procedimiento de control previo, los agentes económicos que participan en la operación de concentración empresarial pueden realizar consultas de carácter orientativo de manera individual o conjunta a la Dirección. Esto, con el fin de poder precisar si la operación se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la presente ley o qué información es requerida para el control previo, entre otros aspectos. Las opiniones de la Dirección no vinculan a la Comisión en la toma de sus decisiones.

9.7 Pre-notificación

Existe la posibilidad de hacer una pre-notificación a la Dirección; sin embargo, este procedimiento es de carácter informal, no vinculante, y no tiene plazos legales. Las principales ventajas de una pre-notificación son las siguientes:

- (i) Permitir que la autoridad se pueda familiarizar con la operación y los mercados vinculados.
- (ii) Identificar información que podría ser requerida en el procedimiento de admisión, de modo que recabe la información y se aporte de antemano con la finalidad de evitar la extensión de plazos.
- (iii) Identificar posibles preocupaciones de competencia de forma anticipada, a fin de preparar la información necesaria que pueda responder a tales preocupaciones.

9.8 Procedimiento y plazos

- (i) Fase 1: una vez que las partes han notificado la solicitud de autorización para la operación de concentración, la Dirección tiene diez (10) días hábiles para evaluar la información y determinar si existe información adicional necesaria. De ser el caso, la Dirección concede un plazo de diez (10) días hábiles a las partes para subsanar cualquier documentación faltante, y dispone de cinco (5) días hábiles para evaluar la solicitud subsanada y decidir si la admite a trámite.

Una vez que la solicitud ha sido admitida a trámite, la Comisión dispone de treinta (30) días hábiles para emitir una decisión en Fase 1, o llevar la operación a Fase 2. La solicitud y el expediente se mantienen en estricta confidencialidad, lo que implica que ningún tercero tiene acceso al mismo.

En cualquier momento del procedimiento, las partes pueden solicitar audiencias o informes orales a la Comisión. En estos casos, el plazo del procedimiento puede ser ampliado hasta por quince (15) días hábiles. Asimismo, la Comisión puede solicitar información a otras entidades públicas, pudiendo suspender los plazos administrativos hasta por diez (10) días hábiles, prorrogables por cinco (5) días hábiles adicionales, a fin de contar con la respuesta de la entidad en cuestión.

Dentro del plazo legal, la Comisión puede autorizar la operación sin condiciones en Fase 1, o disponer el inicio de la Fase 2, cuando considere que existen potenciales restricciones significativas a la competencia que deben ser analizadas con mayor detalle.

De acuerdo con información de las resoluciones públicas a la fecha, que autorizan operaciones de concentración en Fase 1, la Comisión viene resolviendo en aproximadamente 2 meses contados desde la presentación de la solicitud. A la fecha, ninguna operación ha sido resuelta fuera del plazo legal.

- (ii) **Fase 2:** en caso de que la Comisión decida llevar la solicitud a la Fase 2 de evaluación, emite un resumen con las razones que la llevaron a tomar dicha decisión (nota sucinta) de carácter público. Lo anterior, con el propósito de dar oportunidad para que terceros con interés legítimo puedan presentar información relevante ante la autoridad, sin que por ello sean considerados como partes intervinientes en el procedimiento.

Durante la Fase 2, si bien el caso se hace público, y los terceros con legítimo interés debidamente apersonados pueden tener acceso al expediente, las partes pueden solicitar la confidencialidad de la información que consideren pertinente.

La Comisión dispone de noventa (90) días hábiles para emitir un pronunciamiento, plazo que puede ser prorrogado por treinta (30) días hábiles adicionales.

En cualquier momento de la Fase 2, las partes pueden solicitar audiencias o informes orales a la Comisión. En estos casos, el plazo del procedimiento puede ser ampliado hasta por quince (15) días hábiles. Asimismo, la Comisión puede solicitar información a otras entidades públicas, pudiendo suspender los plazos administrativos hasta por diez (10) días hábiles, prorrogables por cinco (5) días hábiles adicionales, a fin de contar con la respuesta de la entidad en cuestión.

Según información pública, a marzo de 2024 solo dos (2) operaciones que han culminado el procedimiento de autorización previa, fueron llevadas a Fase 2. Estas solicitudes fueron resueltas en un plazo total de ciento veinte (120) días hábiles, es decir agotando el máximo del plazo legal⁴⁷. A marzo de 2024, otras tres (3) operaciones se encuentran en evaluación en Fase 2.

⁴⁷ Al respecto, ver: INDECOPI, Noticias “El Indecopi autorizó con condiciones la adquisición de Hersil S.A. por parte de Pharmaceutica Euroandina S.A.C.”, Nota de prensa (octubre de 2022), disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/663850-el-indecopi-autorizo-con-condiciones-la-adquisicion-de-hersil-s-a-por-parte-de-pharmaceutica-euroandina-s-a-c>; e, INDECOPI, Noticias, “El Indecopi autoriza con condiciones la operación de adquisición de Enel Distribución por parte de China Southern Power Grid International”, Nota de prensa (febrero de 2024), disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/902252-el-indecopi-autoriza-con-condiciones-la-operacion-de-adquisicion-de-enel-distribucion-por-parte-de-china-southern-power-grid-international>

9.9 Silencio administrativo positivo

En caso de que, dentro del plazo legal previsto, el órgano competente no emita pronunciamiento expreso, corresponde la aplicación del silencio administrativo positivo, entendiéndose que la operación se aprueba sin condiciones, dándose por concluido el procedimiento de control previo. A la fecha, ninguna solicitud de autorización previa ha sido aprobada recurriendo al silencio administrativo positivo.

9.10 Recursos

En caso de que se deniegue la solicitud de autorización o se autorice con condiciones, los agentes económicos solicitantes pueden interponer recurso de apelación. El plazo para su interposición no excede de quince (15) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la resolución que pone fin a la primera instancia llevada adelante por la Comisión.

En caso de que la Comisión haya dictado alguna medida de orden preventivo, la ejecución de la resolución impugnada no se suspende, salvo que la Sala disponga lo contrario mediante resolución debidamente motivada. La Sala se pronuncia en un plazo máximo de noventa (90) días hábiles y pone fin a la vía administrativa.

9.11 Incumplimiento de obligación de notificar

La ejecución de una operación de concentración empresarial que debió ser notificada obligatoriamente, sin haber presentado la solicitud de autorización correspondiente o sin haber esperado hasta que la autoridad competente en sede administrativa se pronuncie o concluya de manera definitiva el procedimiento de control previo (gun jumping), acarrea la nulidad de los actos que se deriven de dicha ejecución. Estos actos no surten efectos jurídicos, sin perjuicio de las sanciones correspondientes.

En particular se consideran infracciones graves:

- (i) Ejecutar una operación de concentración antes de haberse sometido al procedimiento de control previo.
- (ii) Ejecutar una operación antes de que se emita el pronunciamiento por la autoridad competente o se haya configurado el eventual silencio administrativo positivo.

Estas infracciones acarrearán multas de hasta mil (1.000) UIT (aproximadamente USD 1,3 millones), con un tope equivalente al 10% de las ventas o ingresos brutos del infractor o su grupo económico.

Otras infracciones, pero de carácter leve, son:

- (i) No presentar la solicitud de autorización mediante el procedimiento de control previo, de conformidad con lo dispuesto en la ley.
- (ii) No suministrar al órgano competente la información requerida por este en el plazo previsto.

Estas infracciones implican multas de hasta quinientas (500) UIT (aproximadamente USD 650 mil), con un tope de 8% de las ventas o ingresos brutos del infractor o su grupo económico.

Asimismo, las infracciones consideradas muy graves son:

- (i) Incumplir o contravenir una condición, un acuerdo o un compromiso establecido en una resolución emitida en aplicación de la presente ley.
- (ii) Ejecutar una operación de concentración empresarial habiendo sido denegada su autorización.
- (iii) Obstruir a través de cualquier modalidad la labor de investigación que realice el órgano competente respecto de una operación de concentración empresarial.
- (iv) Negarse injustificadamente a suministrar la información requerida o suministrar información incompleta, incorrecta, adulterada, engañosa o falsa.

Estas infracciones pueden conllevar multas superiores a las mil (1.000) UIT (aproximadamente USD 1,3 millones) con un tope equivalente al 12% de las ventas e ingresos brutos del infractor, o su grupo económico.

9.12 Análisis de Fondo para Calificar una Operación de Concentración

El artículo 7 de la Ley 31.112 precisa que el test que deberá realizar la autoridad respecto del análisis económico de una operación de concentración implica identificar si la misma produce una restricción significativa a la competencia en los mercados involucrados. Si bien se hace referencia a mercados involucrados, en diversas resoluciones la Comisión ha desarrollado el análisis de fondo aplicando una definición estándar de mercados relevantes⁴⁸.

Para el caso de concentraciones horizontales, los recientes Lineamientos para la Calificación de Concentraciones, recogen la jurisprudencia de la Comisión desarrollada desde la vigencia de la Ley 31.112. En particular, han establecido los siguientes criterios de análisis utilizando el Índice de Herfindahl-Hirschman (HHI por sus siglas en inglés), para concluir que la operación tiene poca probabilidad de generar riesgos para la competencia:

- (i) Si el HHI es menor a mil quinientos (1.500), o
- (ii) El HHI es mayor a mil quinientos (1.500) y menor a dos mil quinientos (2.500), y su cambio en el índice es inferior a 200 puntos, o
- (iii) El HHI es mayor a dos mil quinientos (2.500), y su cambio en el índice es inferior a cien (100) puntos.

Sin embargo, la Comisión considerará que, pese a las circunstancias antes descritas, existen riesgos para la competencia si se identifican otros aspectos económicos tales como:

- (i) Uno de los agentes involucrados que intervienen en la operación de concentración es un competidor potencial.
- (ii) Uno o más agentes económicos involucrados son innovadores importantes o agentes maverick, quienes adoptan estrategias disruptivas para competir activamente.
- (iii) Los agentes económicos involucrados son competidores cercanos.

⁴⁸ Este es el caso de la Resolución N° 013-2023-CLC/INDECOPI.

GARRIGUES

- (iv) Los agentes económicos involucrados tienen vínculos de propiedad (como participaciones minoritarias) o contractuales (como acuerdos de colaboración) que pueden reducir su independencia o autonomía.
- (v) Se presentan factores de mercado que favorecen la coordinación o se han presentado indicios de coordinación en el pasado.
- (vi) Existen casos en Perú en los cuales se ha identificado riesgos a la competencia.
- (vii) Se evidencia o existe información que califica como indicio de posibles riesgos a la competencia.

Un aspecto interesante respecto del análisis de fondo es que la Comisión considerará las posibles presiones competitivas a las que podrían estar sujetos los agentes involucrados en la operación que pueda ejercer la oferta informal, tomando en cuenta que la economía informal o sumergida en el Perú representa un porcentaje significativo de la economía nacional.

De otro lado, la Comisión ha prestado atención a posibles efectos anticompetitivos verticales en operaciones de concentración. La autoridad ha adoptado la experiencia internacional de la Comisión Europea⁴⁹ y la Federal Trade Commission (FTC) para desarrollar un análisis de los impactos verticales, reforzando la predictibilidad de sus decisiones.

En efecto, basado en la experiencia de la CE y la FTC, en decisiones recientes de la Comisión⁵⁰ en las que ha identificado superposiciones verticales, la autoridad ha investigado si pueden existir riesgos significativos a la competencia derivados de las siguientes situaciones o teorías de daño:

- (i) Cierre de clientes: esta es una situación en la que una empresa aguas abajo tiene una dimensión muy significativa en el mercado. Esta empresa podría favorecer la distribución de los productos o servicios de una empresa relacionada aguas arriba, impidiendo que otras empresas de dicho eslabón de la cadena accedan a un segmento importante de la demanda.
- (ii) Cierre de insumos: esta es una situación en la que una empresa aguas arriba tiene una dimensión significativa en la producción de un insumo clave para actividades aguas abajo en las que opera una empresa de su grupo económico. La empresa aguas arriba podría tener incentivos a limitar el acceso al insumo a otras empresas aguas abajo, con la finalidad de dificultar sus actividades en favor de su empresa relacionada.

Para descartar la existencia de estos posibles efectos, la Comisión ha utilizado como criterio que una operación de concentración podría generar riesgos verticales cuando las empresas involucradas cuenten con una participación de mercado igual o mayor al 30% en los respectivos eslabones de la cadena productiva, en línea con la experiencia de la CE y la FTC.

10. Procedimiento sancionador por conductas anticompetitivas ante el INDECOPI

La normativa aplicable en estos procedimientos es la establecida en el Título V del TUO del DL 1.034 (sobre "Procedimiento Administrativo Sancionador"). A continuación se indican las distintas etapas de este procedimiento (y la autoridad a cargo).

⁴⁹ En efecto, en la operación *Vinci / Cobra Servicios* la Comisión hizo referencia a los estándares expuestos en las Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento de Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas. En: Official Journal of the European Union. 2008/C 265/07. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018\(03\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018(03)&from=ES)

⁵⁰ Al respecto, revisar las Resoluciones 098-2021/CLC-INDECOPI del 17 de diciembre de 2021 (Caso Vinci - Cobra) y 043-2022/CLC-INDECOPI del 19 de julio de 2022 (Caso Al Manaki / Holding Hotelera GHL).

10.1 Primera parte: a cargo de la Dirección

- (i) Etapa de investigación preliminar (inicio de oficio): conforme a la normativa, existe una etapa previa de investigación preliminar por parte de la Dirección, con el fin de investigar el mercado, recopilar indicios o medios probatorios que permitan emitir acusaciones.
- (ii) Emisión de resolución de inicio de procedimiento administrativo sancionador: mediante esta resolución, la Dirección formaliza la imputación, la cual debe cumplir los requisitos, tales como identificación de los agentes económicos a los que se imputa la presunta infracción, exposición de los hechos que motivan la instauración del procedimiento, etc.⁵¹.
- (iii) Período de descargos: en este período las partes investigadas pueden presentar sus descargos respecto al inicio del procedimiento administrativo sancionador. Tiene una duración de treinta (30) días hábiles.
- (iv) Reconocimiento de la infracción: de considerarlo pertinente, las partes pueden optar por no contestar la imputación de cargos, pudiendo reconocer la infracción, a cambio de un descuento en las multas aplicables (hasta 15%).
- (v) Mecanismos de terminación anticipada: en paralelo, se otorga un plazo para que las partes puedan acudir a una terminación anticipada, ya sea reconociendo las conductas imputadas y/o presentando compromisos de cese de sus conductas, a cambio de la terminación anticipada del procedimiento y un descuento en las multas superior al de mero reconocimiento (hasta el 30% aproximadamente). Al respecto, las partes tienen cuarenta y cinco (45) días hábiles desde la emisión de la resolución de inicio del procedimiento sancionador para ofrecer los compromisos.
- (vi) Etapa probatoria: en esta etapa la Dirección puede recibir diferente documentación (como informes económicos, testimonios, pericias y otros instrumentos)⁵² por las partes que quieran reforzar su defensa, así como realizar actuaciones probatorias adicionales. El plazo para que las partes remitan esta evidencia adicional es de siete (7) meses a partir del vencimiento de la etapa de descargos.
- (vii) Informe Técnico de la Dirección: finalmente, en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles desde el vencimiento del período de prueba, la Dirección emite un Informe Técnico, en el que plantea sus conclusiones acusatorias o no, respecto de aquello formulado en la resolución del inicio del procedimiento, con las siguientes menciones, según corresponda: (i) hechos probados, (ii) determinación de la infracción administrativa, (iii) identificación de los responsables, (iv) propuesta de graduación de la sanción, y (v) propuesta de medidas correctivas pertinentes.

10.2 Segunda parte: a cargo de la Comisión

- (i) Período de respuesta: en este período, la Comisión recibirá en un plazo de treinta (30) días hábiles las respuestas o descargos de las partes respecto al Informe Técnico.

⁵¹ Artículo 21 del TUO del DL 1.034.

⁵² Artículo 28 del TUO del DL 1.034.

- (ii) Decisión de la Comisión (resolución final): la Comisión cuenta con un plazo de sesenta (60) días hábiles, desde terminado el plazo anterior, para emitir un pronunciamiento final. Al respecto, puede optar por las siguientes decisiones: (i) llamar a informe oral con el fin de que las partes expongan sus posiciones, y/o (ii) emitir la resolución final del caso.
- (iii) Apelación: las partes pueden apelar la resolución final de la Comisión, para lo cual cuentan con un plazo de quince (15) días hábiles. Con ello, se eleva el expediente a segunda instancia.

10.3 Tercera parte: a cargo de la Sala

- (i) Los recursos impugnatorios sobre la decisión de la Comisión son evaluados por la Sala.
- (ii) Luego de elevado el expediente, en un plazo máximo de ciento veinte (120) días hábiles, la Sala tramita la apelación de las partes y emite una resolución final. Con este pronunciamiento se agota la vía administrativa.

11. Procedimiento jurisdiccional

El TUO del DL 1.034 establece que las resoluciones definitivas de la Sala agotan la vía administrativa, por lo que no cabe la interposición de recurso adicional en la vía administrativa. En ese sentido, únicamente podrá interponerse contra ellas una demanda contencioso-administrativa en el Poder Judicial, de acuerdo con la normativa de la materia.

De acuerdo con la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley 31.112, las demandas contencioso-administrativas contra las resoluciones emitidas por el INDECOPI en materia de represión de conductas anticompetitivas y control previo de operaciones de concentración empresarial son interpuestas en primera instancia ante la Sala Contencioso-Administrativa de la Corte Superior respectiva. En este caso, la Sala Civil de la Corte Suprema resuelve en apelación y la Sala Constitucional y Social en casación, si fuera el caso, según lo dispuesto en la Ley 27.709, Ley que modifica el artículo 9 de la Ley 27.584, Ley que regula el proceso contencioso-administrativo.

Asimismo, en materia de libre competencia, el plazo establecido para presentar una acción contencioso-administrativa es de tres meses, conforme a lo señalado en el artículo 18 del Texto Único Ordenado de la Ley 27.584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.

12. Otros procedimientos

12.1 Abogacía de la Competencia

La Comisión, en virtud de la facultad otorgada por el literal e) del artículo 14 del TUO del DL 1.034, puede sugerir, exhortar o recomendar a las entidades de la administración pública sobre la implementación de medidas que restablezcan o promuevan la libre competencia. Tal sería el caso de la eliminación de barreras a la entrada o la aplicación de regulación económica a un mercado donde la competencia no es posible, entre otros.

12.2 Estudios y Reportes de Mercado

La Dirección, en virtud de la facultad otorgada por el literal g) del numeral 15.2 del artículo 15 del TEO del DL 1.034, puede realizar estudios y publicar informes. Los parámetros para la elaboración de estos documentos se encuentran establecidos en la Guía de Estudios de Mercado.

12.3 Lineamientos y Guías

La Comisión, en virtud de la facultad otorgada por el literal e) del artículo 14 del TEO del DL 1.034 y en base a la propuesta planteada por la Dirección, puede emitir Lineamientos y/o Guías correspondientes a sus competencias.

Asimismo, la elaboración de lineamientos por parte de la Comisión se puede realizar respecto de un tema en específico, según las facultades delegadas mediante otras normas con rango de ley, por ejemplo, en materia de control de concentraciones (artículos 12.2, 18.4, 58 de la Ley 31.112) y herramientas premiales vinculadas con el programa de recompensas (artículo 28.2 del TEO del DL 1.034).

12.4 Opinión sobre proyectos de ley e iniciativas legislativas

El INDECOPI, a través de su Presidencia del Consejo Directivo, puede proponer a las autoridades pertinentes del Gobierno la adopción de las medidas que juzgue necesarias para garantizar la protección de los derechos y principios rectores de las funciones asignadas a la institución; ello, conforme el literal c) del artículo 7.3 del Decreto Legislativo 1.033, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.

13. Demanda de indemnización por daños y perjuicios

13.1 Supuestos aplicables

Conforme al artículo 52 del TEO del DL 1.034 se establece que toda persona que haya sufrido daños como consecuencia de una conducta anticompetitiva cuya declaración de existencia haya quedado firme, podrá demandar ante el Poder Judicial la pretensión civil de indemnización de daños y perjuicios. Ello incluso si no ha sido parte del procedimiento seguido ante el INDECOPI.

13.2 Función del INDECOPI

La acción de indemnización por daños también puede ser interpuesta por la Comisión, previo informe favorable de la Dirección, y cumpliendo con los presupuestos establecidos en el artículo 82 del Código Procesal Civil y los Lineamientos sobre resarcimiento de daños causados a consumidores como consecuencia de las conductas anticompetitivas, aprobados mediante la Resolución N° 007-2021/CLC-INDECOPI.

No existen precedentes en este sentido y, de hecho, quedan varias preguntas sobre la desclasificación de documentos necesarios para comprobar el ilícito o el daño.



MARZO 2024

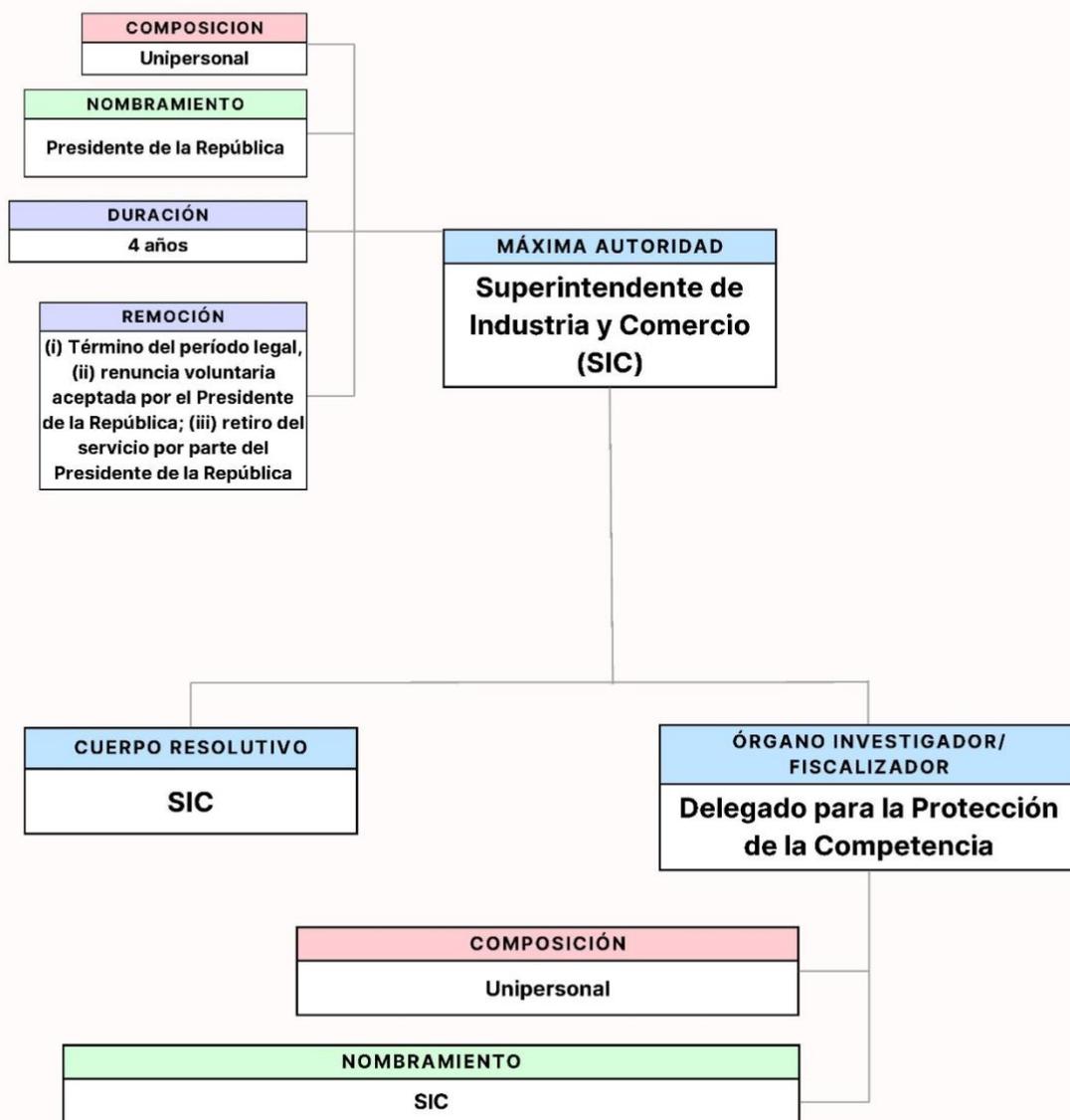
**COMPARACIÓN DE LA INSTITUCIONALIDAD
DE LIBRE COMPETENCIA EN CHILE,
COLOMBIA, ECUADOR Y PERÚ**



Documento elaborado en colaboración por el equipo
Garrigues y el equipo CeCo

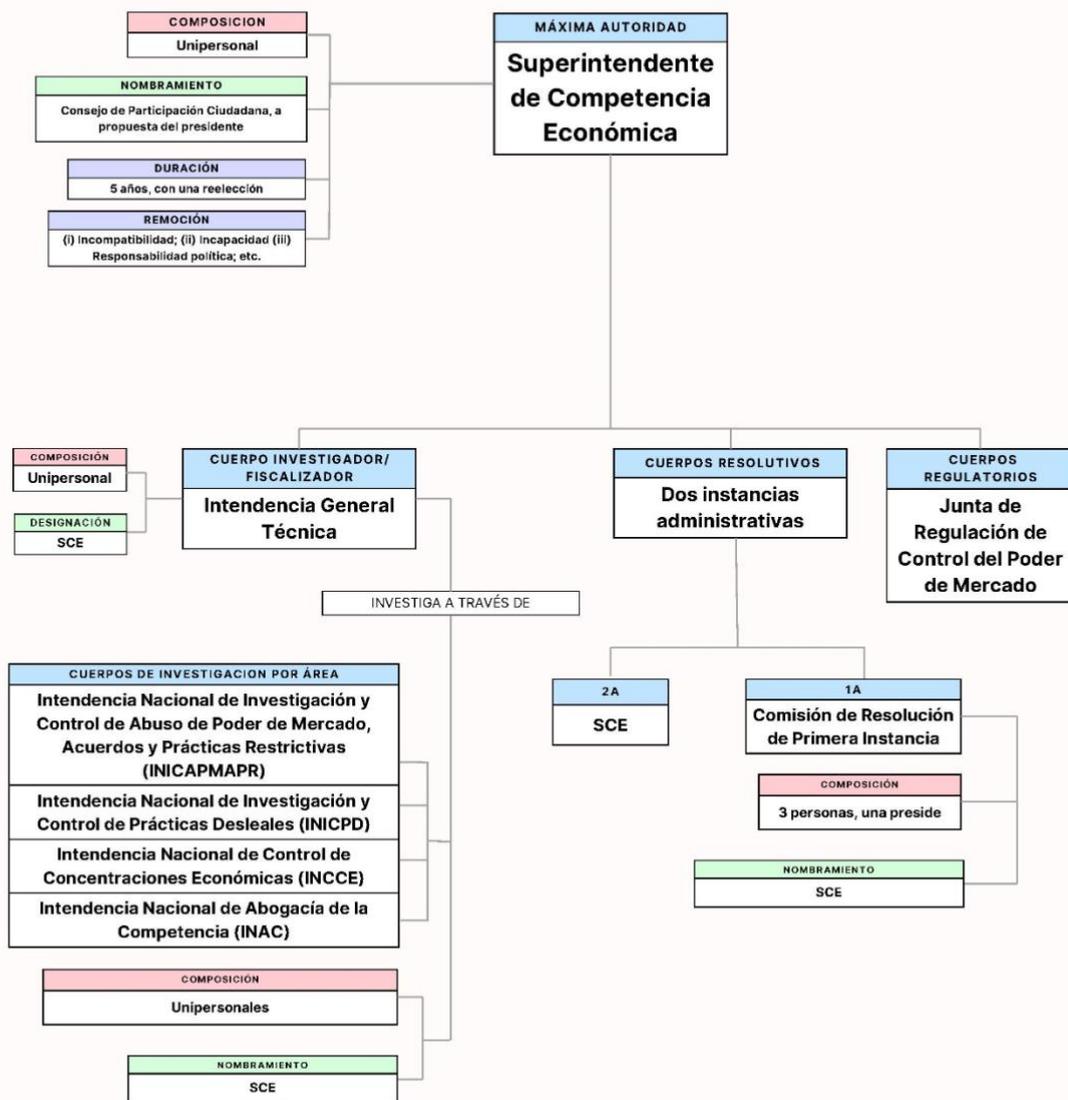
Estructura orgánica

RÉGIMEN COLOMBIANO



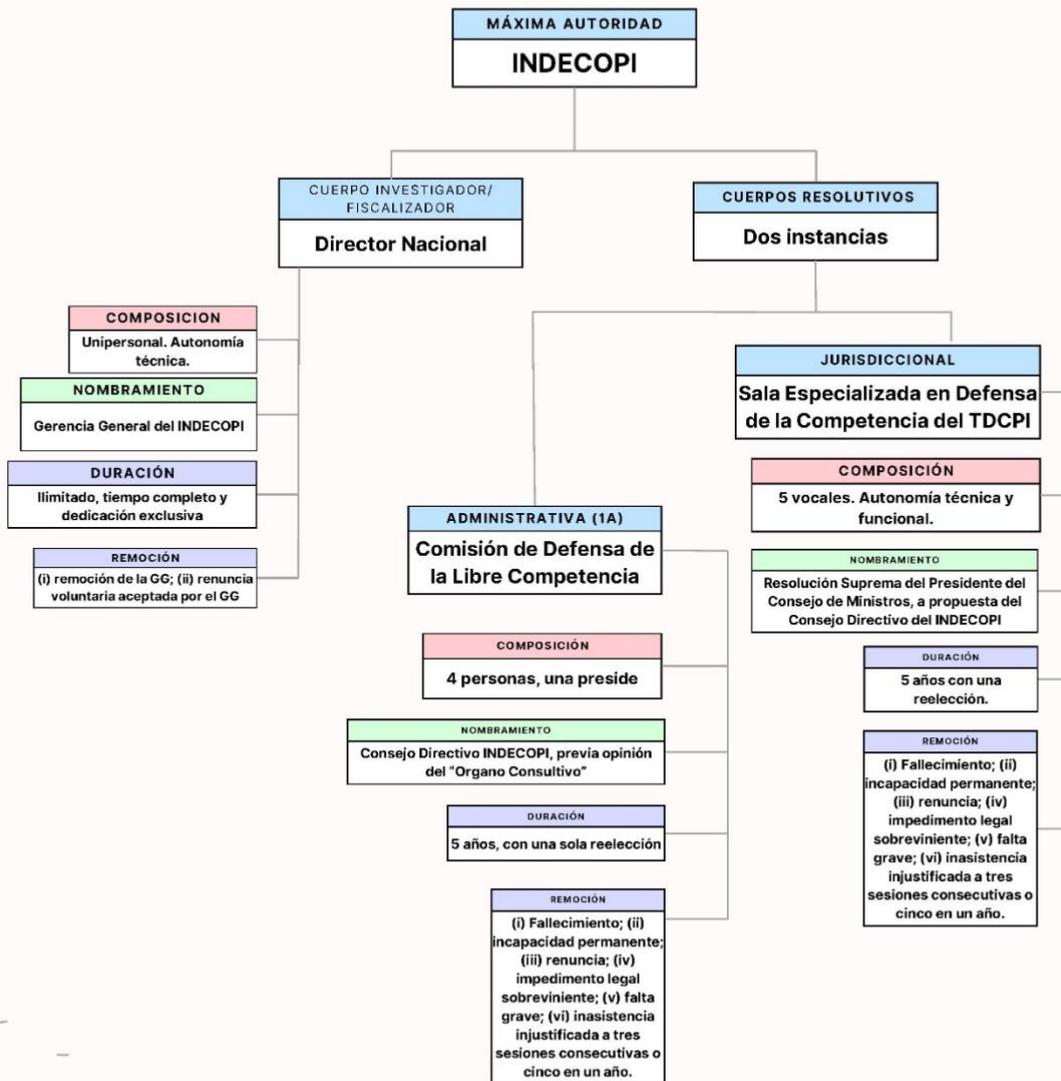
Estructura orgánica

RÉGIMEN ECUATORIANO



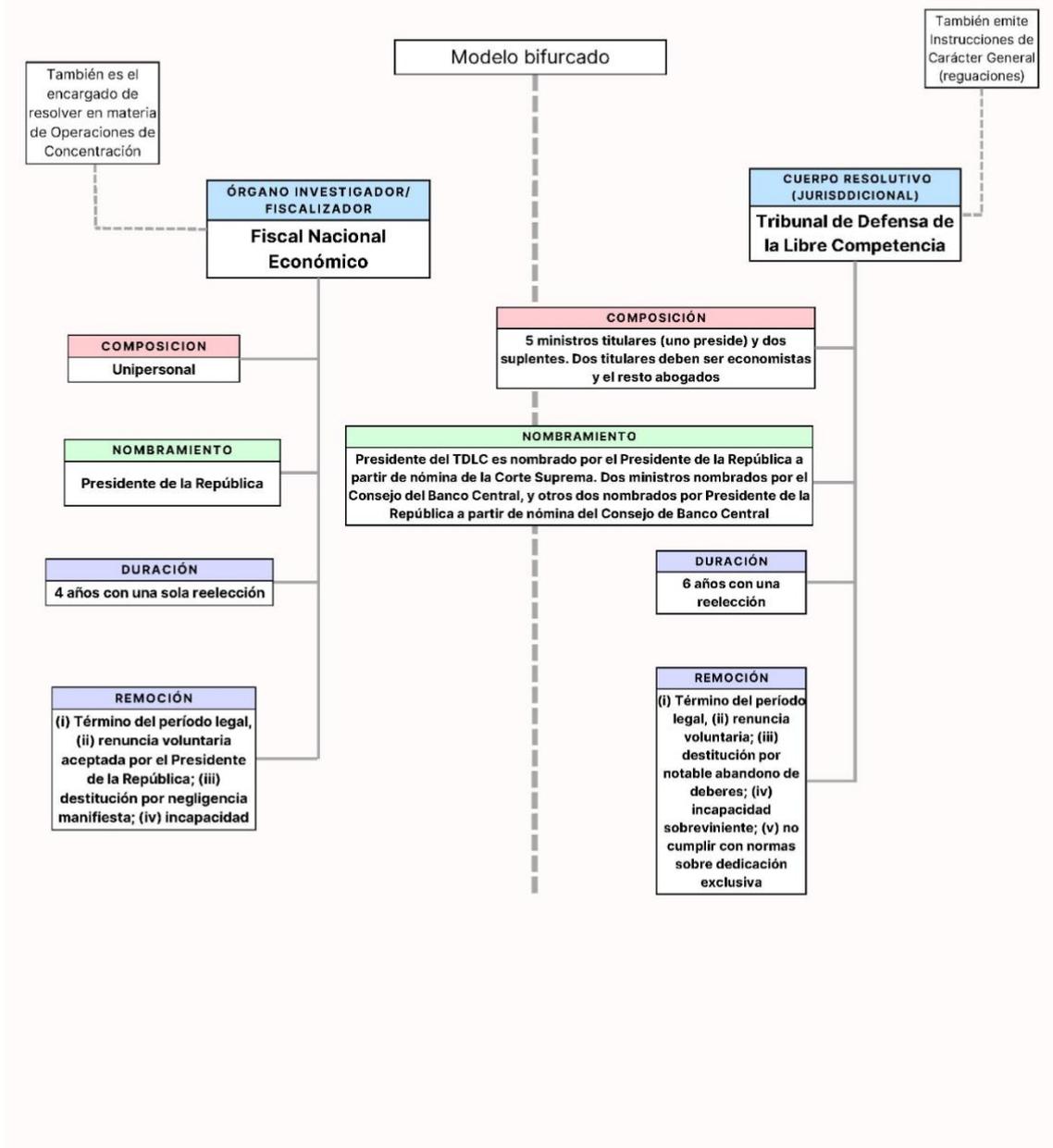
Estructura orgánica

RÉGIMEN PERUANO



Estructura orgánica

RÉGIMEN CHILENO



Tipología de conductas

ANTICOMPETITIVAS PROHIBIDAS

Conducta Prohibida	Chile	Colombia	Ecuador	Perú
Abusos exclusivos de posición dominante	✓	✓ ✓	✓	✓
Abusos explotativos	✓	✗	✓	✗
Hardcore cartels	✓	✓ ✓	✓ ✓	✓
Acuerdos horizontales	✓	✓ ✓	✓ ✓	✓ ✓
Acuerdos verticales	✓	✓ ✓	✓ ✓	✓
Competencia desleal anticompetitiva / agravada / administrativa	✓	✓	✓	✗
Interlocking	✓ ✓	✓ ✓	✗	✗
Gun jumping	✓	✓	✓	✓

- ✓ = se contemplan prohibiciones *per se* o “por su objeto”
- ✓ = se contemplan prohibiciones bajo la “regla de la razón” o “por sus efectos”
- ✗ = no hay prohibiciones específicas al respecto

MULTAS POR CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Conducta	Chile	Colombia	Ecuador	Perú
Abuso de posición dominante	HASTA UN 30% DE LAS VENTAS VENTAS DEL INFRACITOR EN LOS PRODUCTOS O SERVICIOS ASOCIADOS A LA INFRACCIÓN, O EL DOBLE DEL BENEFICIO ECONÓMICO. EN CASO DE QUE LO ANTERIOR NO PUEDA SER DETERMINADO, PUEDE IMPONERSE HASTA 60.000.-UTA (USD 50.959.656.- APROX)	PARA PERSONAS JURÍDICAS: HASTA 100.000 SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES (USD 32.996.000.- APROX.), O EL 150% DE LA UTILIDAD OBTENIDA POR LA CONDUCTA, EN CASO DE QUE ESTA ÚLTIMA SEA MAYOR PARA PERSONAS NATURALES: HASTA 2.000 SALARIOS MÍNIMOS VIGENTES (USD 659.920.- APROX.)	10% DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS, O 2.001 A 40.000 RBU (USD 900.450.- A 18.000.000.- APROX) SI LO ANTERIOR NO PUEDE SER CALCULADO, CUANDO NO SEA CONSIDERADO "MUY GRAVE"; Y 12% DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS, O MÁS DE 40.000 RBU, SI LO ANTERIOR NO PUEDE SER CALCULADO, CUANDO SEA CONSIDERADO "MUY GRAVE".	DEPENDE DE LA GRAVEDAD: (I) SI ES LEVE, HASTA 500 UIT (USD 700.000.- APROX.), CON LÍMITE DE 8% DE LAS VENTAS O INGRESOS BRUTOS PERCIBIDOS EN EL ÚLTIMO EJERCICIO; (II) SI ES GRAVE, HASTA 1.000 UIT (USD 1.400.000.- APROX.), CON LÍMITE DE 10% DE LAS VENTAS O INGRESOS BRUTOS PERCIBIDOS EN EL ÚLTIMO EJERCICIO; Y (III) SI ES MUY GRAVE, MÁS DE 1.000 UIT, CON LÍMITE DEL 12% DE LAS VENTAS O INGRESOS BRUTOS PERCIBIDOS EN EL ÚLTIMO EJERCICIO
Acuerdos horizontales	HASTA UN 30% DE LAS VENTAS VENTAS DEL INFRACITOR EN LOS PRODUCTOS O SERVICIOS ASOCIADOS A LA INFRACCIÓN, O EL DOBLE DEL BENEFICIO ECONÓMICO. EN CASO DE QUE LO ANTERIOR NO PUEDA SER DETERMINADO, PUEDE IMPONERSE HASTA 60.000.-UTA (USD 50.959.656.- APROX)	PARA PERSONAS JURÍDICAS: HASTA 100.000 SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES (USD 32.996.000.- APROX.), O EL 150% DE LA UTILIDAD OBTENIDA POR LA CONDUCTA, EN CASO DE QUE ESTA ÚLTIMA SEA MAYOR PARA PERSONAS NATURALES: HASTA 2.000 SALARIOS MÍNIMOS VIGENTES (USD 659.920.- APROX.)	12% DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS, O MÁS DE 40.000 RBU (MÁS DE USD 18.000.000.-) SI LO ANTERIOR NO PUEDE SER CALCULADO	DEPENDE DE LA GRAVEDAD: (I) SI ES LEVE, HASTA 500 UIT (USD 700.000.- APROX.), CON LÍMITE DE 8% DE LAS VENTAS O INGRESOS BRUTOS PERCIBIDOS EN EL ÚLTIMO EJERCICIO; (II) SI ES GRAVE, HASTA 1.000 UIT (USD 1.400.000.- APROX.), CON LÍMITE DE 10% DE LAS VENTAS O INGRESOS BRUTOS PERCIBIDOS EN EL ÚLTIMO EJERCICIO; Y (III) SI ES MUY GRAVE, MÁS DE 1.000 UIT, CON LÍMITE DEL 12% DE LAS VENTAS O INGRESOS BRUTOS PERCIBIDOS EN EL ÚLTIMO EJERCICIO
Acuerdos verticales	HASTA UN 30% DE LAS VENTAS VENTAS DEL INFRACITOR EN LOS PRODUCTOS O SERVICIOS ASOCIADOS A LA INFRACCIÓN, O EL DOBLE DEL BENEFICIO ECONÓMICO. EN CASO DE QUE LO ANTERIOR NO PUEDA SER DETERMINADO, PUEDE IMPONERSE HASTA 60.000.-UTA (USD 50.959.656.- APROX)	PARA PERSONAS JURÍDICAS: HASTA 100.000 SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES (USD 32.996.000.- APROX.), O EL 150% DE LA UTILIDAD OBTENIDA POR LA CONDUCTA, EN CASO DE QUE ESTA ÚLTIMA SEA MAYOR PARA PERSONAS NATURALES: HASTA 2.000 SALARIOS MÍNIMOS VIGENTES (USD 659.920.- APROX.)	10% DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS, O 2.001 A 40.000 RBU (USD 900.450.- A 18.000.000.- APROX) SI LO ANTERIOR NO PUEDE SER CALCULADO CUANDO NO SEA CONSIDERADO "MUY GRAVE"; Y 12% DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS, O MÁS DE 40.000 RBU, SI LO ANTERIOR NO PUEDE SER CALCULADO, CUANDO SEA CONSIDERADO "MUY GRAVE".	DEPENDE DE LA GRAVEDAD: (I) SI ES LEVE, HASTA 500 UIT (USD 700.000.- APROX.), CON LÍMITE DE 8% DE LAS VENTAS O INGRESOS BRUTOS PERCIBIDOS EN EL ÚLTIMO EJERCICIO; (II) SI ES GRAVE, HASTA 1.000 UIT (USD 1.400.000.- APROX.), CON LÍMITE DE 10% DE LAS VENTAS O INGRESOS BRUTOS PERCIBIDOS EN EL ÚLTIMO EJERCICIO; Y (III) SI ES MUY GRAVE, MÁS DE 1.000 UIT, CON LÍMITE DEL 12% DE LAS VENTAS O INGRESOS BRUTOS PERCIBIDOS EN EL ÚLTIMO EJERCICIO
Competencia desleal (anticompetitiva)	HASTA UN 30% DE LAS VENTAS VENTAS DEL INFRACITOR EN LOS PRODUCTOS O SERVICIOS ASOCIADOS A LA INFRACCIÓN, O EL DOBLE DEL BENEFICIO ECONÓMICO. EN CASO DE QUE LO ANTERIOR NO PUEDA SER DETERMINADO, PUEDE IMPONERSE HASTA 60.000.-UTA (USD 50.959.656.- APROX)	PARA PERSONAS JURÍDICAS: HASTA 100.000 SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES (USD 32.996.000.- APROX.), O EL 150% DE LA UTILIDAD OBTENIDA POR LA CONDUCTA, EN CASO DE QUE ESTA ÚLTIMA SEA MAYOR PARA PERSONAS NATURALES: HASTA 2.000 SALARIOS MÍNIMOS VIGENTES (USD 659.920.- APROX.)	10% DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS, O 2.001 A 40.000 RBU (USD 900.450.- A 18.000.000.- APROX.) SI LO ANTERIOR NO PUEDE SER CALCULADO	N/A
Gun Jumping	HASTA UN 30% DE LAS VENTAS VENTAS DEL INFRACITOR EN LOS PRODUCTOS O SERVICIOS ASOCIADOS A LA INFRACCIÓN, O EL DOBLE DEL BENEFICIO ECONÓMICO. EN CASO DE QUE LO ANTERIOR NO PUEDA SER DETERMINADO, PUEDE IMPONERSE HASTA 60.000.-UTA (USD 50.959.656.- APROX)	PARA PERSONAS JURÍDICAS: HASTA 100.000 SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES (USD 32.996.000.- APROX.), O EL 150% DE LA UTILIDAD OBTENIDA POR LA CONDUCTA, EN CASO DE QUE ESTA ÚLTIMA SEA MAYOR PARA PERSONAS NATURALES: HASTA 2.000 SALARIOS MÍNIMOS VIGENTES (USD 659.920.- APROX.)	10% DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS, O 2.001 A 40.000 RBU (USD 900.450.- A 18.000.000.- APROX.) SI LO ANTERIOR NO PUEDE SER CALCULADO CUANDO NO SEA CONSIDERADO "MUY GRAVE"; Y 12% DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS, O MÁS DE 40.000 RBU, SI LO ANTERIOR NO PUEDE SER CALCULADO, CUANDO SEA CONSIDERADO "MUY GRAVE".	HASTA 1.000 UIT (USD 1.400.000.- APROX.), CON LÍMITE DEL 10% DE LAS VENTAS O INGRESOS PERCIBIDOS EN EL ÚLTIMO EJERCICIO

MULTAS POR OTRAS INFRACCIONES

Conducta	Chile	Colombia	Ecuador	Perú
Omisión en acatar órdenes de la autoridad	HASTA 1 UTA (USD 849,32.- APROX.) EN CASO DE SER CITADO A DECLARAR; Y HASTA 2 UTA (USD 1.698.- APROX.) POR CADA DÍA DE ATRASO EN CASOS DE NO ENTREGAR INFORMACIÓN, O ENTREGA PARCIAL	PARA PERSONAS JURÍDICAS: HASTA 100.000 SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES (USD 32.996.000.- APROX.), O EL 150% DE LA UTILIDAD OBTENIDA POR LA CONDUCTA, EN CASO DE QUE ESTA ÚLTIMA SEA MAYOR PARA PERSONAS NATURALES: HASTA 2.000 SALARIOS MÍNIMOS VIGENTES (USD 659.920.- APROX.)	8% DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS, O 50 A 2.000 RBU (USD 22.500 A 900.000.- APROX.) SI LO ANTERIOR NO PUEDE SER CALCULADO, PARA LA GENERALIDAD DE LOS CASOS, Y 12% DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS, O MÁS DE 40.000 RBU (USD 18.000.000.- APROX.) SI LO ANTERIOR NO PUEDE SER CALCULADO, PARA CASOS DE ABUSO DE PODER DE MERCADO, CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS Y CONTROL DE CONCENTRACIONES	HASTA 1.000 UIT (USD 1.400.000.- APROX.), CON LÍMITE DEL 10% DE LAS VENTAS O INGRESOS PERCIBIDOS EN EL ÚLTIMO EJERCICIO
Negarse a entregar información	HASTA 2 UTA (USD 1.698.- APROX.) POR CADA DÍA DE ATRASO EN CASOS DE NO ENTREGAR INFORMACIÓN, O ENTREGA PARCIAL	PARA PERSONAS JURÍDICAS: HASTA 100.000 SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES (USD 32.996.000.- APROX.), O EL 150% DE LA UTILIDAD OBTENIDA POR LA CONDUCTA, EN CASO DE QUE ESTA ÚLTIMA SEA MAYOR PARA PERSONAS NATURALES: HASTA 2.000 SALARIOS MÍNIMOS VIGENTES (USD 659.920.- APROX.)	500 RBU (USD 225.000.- APROX.) PARA LA GENERALIDAD DE LOS CASOS. EN CASOS DE ACUERDOS RESTRICATIVOS ADEMÁS SE INVIERTE LA CARGA DE LA PRUEBA.	MÁS DE 1.000 UIT (USD 1.400.000.- APROX.), CON LÍMITE DEL 12% DE LAS VENTAS O INGRESOS PERCIBIDOS EN EL ÚLTIMO EJERCICIO EN OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN
Acompañar información falsa	PENAS DE CÁRCEL (61-540 DÍAS)	N/A	10% DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS, O 2.001 A 40.000 RBU (USD 900.450 A 18.000.000.- APROX.) SI LO ANTERIOR NO PUEDE SER CALCULADO	EN PROCESOS SOBRE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS, HASTA 1.000 UIT (USD 1.400.000.- APROX.), CON LÍMITE DEL 10% DE LAS VENTAS O INGRESOS PERCIBIDOS EN EL ÚLTIMO EJERCICIO; Y EN PROCESOS SOBRE CONCENTRACIONES, MÁS DE 1.000 UIT (USD 1.400.000 APROX.), CON LÍMITE DEL 12% DE LAS VENTAS O INGRESOS PERCIBIDOS EN EL ÚLTIMO EJERCICIO
Presentar denuncias falsas	N/A	N/A	8% DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS, O 50 A 2.000 RBU (USD 22.500 A 900.000.- APROX.) SI LO ANTERIOR NO PUEDE SER CALCULADO	HASTA 50 UIT (USD 70.000.- APROX.)
Obstruir investigación	APREMIO DE HASTA 15 DÍAS DE ARRESTO	PARA PERSONAS JURÍDICAS: HASTA 100.000 SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES (USD 32.996.000.- APROX.), O EL 150% DE LA UTILIDAD OBTENIDA POR LA CONDUCTA, EN CASO DE QUE ESTA ÚLTIMA SEA MAYOR PARA PERSONAS NATURALES: HASTA 2.000 SALARIOS MÍNIMOS VIGENTES (USD 659.920.- APROX.)	8% DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS, O 50 A 2.000 RBU (USD 22.500 A 900.000.- APROX.) SI LO ANTERIOR NO PUEDE SER CALCULADO	EN PROCESOS SOBRE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS, HASTA 1.000 UIT (USD 1.400.000.- APROX.), CON LÍMITE DEL 10% DE LAS VENTAS O INGRESOS PERCIBIDOS EN EL ÚLTIMO EJERCICIO; Y EN PROCESOS SOBRE CONCENTRACIONES, MÁS DE 1.000 UIT (USD 1.400.000.- APROX.), CON LÍMITE DEL 12% DE LAS VENTAS O INGRESOS PERCIBIDOS EN EL ÚLTIMO EJERCICIO
No entregar información requerida a tiempo en una operación de concentración	HASTA 2 UTA (USD 1.698.- APROX.) POR CADA DÍA DE ATRASO	PARA PERSONAS JURÍDICAS: HASTA 100.000 SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES (USD 32.996.000.- APROX.), O EL 150% DE LA UTILIDAD OBTENIDA POR LA CONDUCTA, EN CASO DE QUE ESTA ÚLTIMA SEA MAYOR PARA PERSONAS NATURALES: HASTA 2.000 SALARIOS MÍNIMOS VIGENTES (USD 659.920.- APROX.)	500 RBU (USD 225.000.- APROX.) PARA LA GENERALIDAD DE LOS CASOS.	500 UIT (USD 700.000.- APROX.), CON LÍMITE DEL 8% DE LAS VENTAS DEL EJERCICIO ANTERIOR
No someterse a una inspección / allanamiento / medida intrusiva	N/A	PARA PERSONAS JURÍDICAS: HASTA 100.000 SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES (USD 32.996.000.- APROX.), O EL 150% DE LA UTILIDAD OBTENIDA POR LA CONDUCTA, EN CASO DE QUE ESTA ÚLTIMA SEA MAYOR PARA PERSONAS NATURALES: HASTA 2.000 SALARIOS MÍNIMOS VIGENTES (USD 659.920.- APROX.)	8% DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS, O 50 A 2.000 RBU (USD 22.500 A 900.000.- APROX.) SI LO ANTERIOR NO PUEDE SER CALCULADO	HASTA 1.000 UIT (USD 1.400.000.- APROX.), CON LÍMITE DEL 10% DE LAS VENTAS O INGRESOS PERCIBIDOS EN EL ÚLTIMO EJERCICIO

Conducta	Chile	Colombia	Ecuador	Perú
Notificar concentración es fuera de plazo	HASTA 20 UTA (USD 16.986.- APROX.) POR CADA DÍA DE RETARDO	PARA PERSONAS JURÍDICAS: HASTA 100.000 SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES (USD 32.996.000.- APROX.), O EL 150% DE LA UTILIDAD OBTENIDA POR LA CONDUCTA, EN CASO DE QUE ESTA ÚLTIMA SEA MAYOR PARA PERSONAS NATURALES: HASTA 2.000 SALARIOS MÍNIMOS VIGENTES (USD 659.920.- APROX.)	8% DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS, O 50 A 2.000 RBU (USD 22.500 A 900.000.- APROX.) SI LO ANTERIOR NO PUEDE SER CALCULADO	N/A
Ejecutar una operación de concentración prohibida	HASTA UN 30% DE LAS VENTAS VENTAS DEL INFRACTOR EN LOS PRODUCTOS O SERVICIOS ASOCIADOS A LA INFRACCIÓN, O EL DOBLE DEL BENEFICIO ECONÓMICO. EN CASO DE QUE LO ANTERIOR NO PUEDA SER DETERMINADO, PUEDE IMPONERSE HASTA 60.000.- UTA (USD 50.959.656.- APROX)	PARA PERSONAS JURÍDICAS: HASTA 100.000 SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES (USD 32.996.000.- APROX.), O EL 150% DE LA UTILIDAD OBTENIDA POR LA CONDUCTA, EN CASO DE QUE ESTA ÚLTIMA SEA MAYOR PARA PERSONAS NATURALES: HASTA 2.000 SALARIOS MÍNIMOS VIGENTES (USD 659.920.- APROX.)	12% DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS, O MÁS DE 40.000 RBU (MÁS DE USD 18.000.000.- APROX.) SI LO ANTERIOR NO PUEDE SER CALCULADO (NO ESTÁ EXPLÍCITO)	MÁS DE 1.000 UIT (USD 1.400.000.- APROX.), CON LÍMITE DEL 12% DE LAS VENTAS O INGRESOS PERCIBIDOS EN EL ÚLTIMO EJERCICIO
Incumplir una medida cautelar	HASTA 1 UTM (USD 71) O ARRESTO DE HASTA DOS MESES	PARA PERSONAS JURÍDICAS: HASTA 100.000 SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES (USD 32.996.000.- APROX.), O EL 150% DE LA UTILIDAD OBTENIDA POR LA CONDUCTA, EN CASO DE QUE ESTA ÚLTIMA SEA MAYOR PARA PERSONAS NATURALES: HASTA 2.000 SALARIOS MÍNIMOS VIGENTES (USD 659.920.- APROX.)	8% DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS, O 50 A 2.000 RBU (USD 22.500 A 900.000.- APROX.) SI LO ANTERIOR NO PUEDE SER CALCULADO, PARA LA GENERALIDAD DE LOS CASOS, O 12% DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS, O MÁS DE 40.000 RBU (USD 18.000.000.- APROX.) SI LO ANTERIOR NO PUEDE SER CALCULADO, PARA CASOS RELACIONADOS A ABUSO DE PODER DE MERCADO, CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS Y CONTROL DE CONCENTRACIONES (NO ESTÁ EXPLÍCITO)	DESDE 25 HASTA 1000 UIT (USD 35.000 A 1.400.000.- APROX)
Incumplir medidas correctivas / remedios	HASTA UN 30% DE LAS VENTAS VENTAS DEL INFRACTOR EN LOS PRODUCTOS O SERVICIOS ASOCIADOS A LA INFRACCIÓN, O EL DOBLE DEL BENEFICIO ECONÓMICO. EN CASO DE QUE LO ANTERIOR NO PUEDA SER DETERMINADO, PUEDE IMPONERSE HASTA 60.000.- UTA (USD 50.959.656.- APROX)	PARA PERSONAS JURÍDICAS: HASTA 100.000 SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES (USD 32.996.000.- APROX.), O EL 150% DE LA UTILIDAD OBTENIDA POR LA CONDUCTA, EN CASO DE QUE ESTA ÚLTIMA SEA MAYOR PARA PERSONAS NATURALES: HASTA 2.000 SALARIOS MÍNIMOS VIGENTES (USD 659.920.- APROX.)	8% DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS, O 50 A 2.000 RBU (USD 22.500 A 900.000.- APROX.) SI LO ANTERIOR NO PUEDE SER CALCULADO, PARA LA GENERALIDAD DE LOS CASOS, Y 10% DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS, O 2001 A 40.000 RBU (USD 900.450 A 18.000.000.- APROX.) SI LO ANTERIOR NO PUEDE SER CALCULADO, PARA CASOS DE ABUSO DE PODER DE MERCADO Y ACUERDOS RESTRICTIVOS	(I) ENTRE 25% Y 400% DE LA MULTA POR LA INFRACCIÓN ORIGINAL EN EL CASO DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS; (II) MÁS DE 1.000 UIT (USD 1.400.000.- APROX.), CON LÍMITE DEL 12% DE LAS VENTAS O INGRESOS PERCIBIDOS EN EL ÚLTIMO EJERCICIO PARA COMPROMISOS, CONDICIONES O ACUERDOS EN OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN; Y (III) ENTRE 125 UIT (USD 175.000.- APROX.) Y 2.000 UIT (USD 2.800.000.- APROX.) POR INCUMPLIMIENTO DE MEDIDAS CORRECTIVAS EN OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN
Incumplir una resolución	N/A	PARA PERSONAS JURÍDICAS: HASTA 100.000 SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES (USD 32.996.000.- APROX.), O EL 150% DE LA UTILIDAD OBTENIDA POR LA CONDUCTA, EN CASO DE QUE ESTA ÚLTIMA SEA MAYOR PARA PERSONAS NATURALES: HASTA 2.000 SALARIOS MÍNIMOS VIGENTES (USD 659.920.- APROX.)	8% DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS, O 50 A 2.000 RBU (USD 22.500 A 900.000.- APROX.) SI LO ANTERIOR NO PUEDE SER CALCULADO, PARA LA GENERALIDAD DE LOS CASOS, O 12% DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS, O MÁS DE 40.000 RBU (USD 18.000.000.- APROX.) SI LO ANTERIOR NO PUEDE SER CALCULADO, PARA CASOS RELACIONADOS A ABUSO DE PODER DE MERCADO, CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS Y CONTROL DE CONCENTRACIONES	N/A (VER APARTADOS ANTERIORES)
Incumplir compromisos de cese / Garantías / acuerdos extrajudiciales (en caso de Chile)	HASTA UN 30% DE LAS VENTAS VENTAS DEL INFRACTOR EN LOS PRODUCTOS O SERVICIOS ASOCIADOS A LA INFRACCIÓN, O EL DOBLE DEL BENEFICIO ECONÓMICO. EN CASO DE QUE LO ANTERIOR NO PUEDA SER DETERMINADO, PUEDE IMPONERSE HASTA 60.000.- UTA (USD 50.959.656.- APROX)	PARA PERSONAS JURÍDICAS: HASTA 100.000 SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES (USD 32.996.000.- APROX.), O EL 150% DE LA UTILIDAD OBTENIDA POR LA CONDUCTA, EN CASO DE QUE ESTA ÚLTIMA SEA MAYOR PARA PERSONAS NATURALES: HASTA 2.000 SALARIOS MÍNIMOS VIGENTES (USD 659.920.- APROX.)	10% DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS, O 2.001 A 40.000 RBU (USD 900.450 A 18.000.000.- APROX.) SI LO ANTERIOR NO PUEDE SER CALCULADO	HASTA 1.000 UIT (USD 1.400.000.- APROX.), CON LÍMITE DEL 10% DE LAS VENTAS O INGRESOS PERCIBIDOS EN EL ÚLTIMO EJERCICIO

DELACIÓN COMPENSADA (LENIENCY)

Características	Chile	Colombia	Ecuador	Perú
Exención del 100% al primer delator	✓	✓	✓	✓
Reducción de multa al segundo delator	✓	✓	✓	✓
Reducción de multa al tercer delator	✗	✓	✓	✓
Reducción de multa a los delatores siguientes	✗	✓	✓	✓
Eximentes de consecuencias penales para el primer delator	✓	✗	✗	✓
Atenuantes de consecuencias penales para segundos delatores	✓	✗	✗	✗
Titularidad de la acción penal es agencia de competencia	✓	✗	✗	✗
Prejudicialidad en sede administrativa como requisito en sede penal	✓	✗	✗	✓

OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

Operaciones notificables	Chile	Colombia	Ecuador	Perú
Fusión entre dos o más operadores económicos	✓	✓	✓	✓
Adquisición de control o influencia decisiva de un operador sobre otro	✓	✓	✓	✓
Joint Venture	✓	✓	✓	✓
Control de activos por parte de un operador sobre otro	✓	✓	✓	✓
Hipótesis genérica para notificación obligatoria	✗	✓	✓	✓

Umbral de notificación	Chile	Colombia	Ecuador	Perú
Umbral objetivo conjunto	VENTAS TOTALES POR 2.500.000 UF (USD 101.175.000.- APROX.)	INGRESOS OPERACIONALES O ACTIVOS SUPERIORES AL 60.000.- SMLMV (USD 20.000.000.- APROX.)	VENTAS TOTALES DE: (I) 3.200.000 RBU (USD 1.472.000.000.- APROX.) PARA INSTITUCIONES FINANCIERAS Y DEL MV; (II) 214.000 RBU (USD 98.440.000.- APROX.) PARA ENTIDADES DE SEGURO Y REASEGURO; Y (III) 200.000 RBU (USD 92.000.000.- APROX.) PARA LA GENERALIDAD DE LAS EMPRESAS	VENTAS ANUALES O VALOR CONTABLE DE ACTIVOS SUPERIORES A 118.000 UIT (USD 160.000.000.- APROX.)
Umbral objetivo individual	VENTAS TOTALES POR 2.500.000 UF (USD 18.211.500.- APROX.)	INGRESOS OPERACIONALES O ACTIVOS SUPERIORES AL 60.000.- SMLMV (USD 20.000.000.- APROX.)	N/A	VENTAS ANUALES O VALOR CONTABLE DE ACTIVOS, DE AL MENOS DOS DE LOS AGENTES, DEBEN SER SUPERIORES A 18.000 UIT (USD 25.000.000.- APROX.)
Umbral conjunto de cuota de mercado	N/A	20%* (NO EXIME DE NOTIFICACIÓN, PERO SÍ DE REVISIÓN)	30%	N/A
Umbral subjetivo	N/A	(I) QUE LAS EMPRESAS DESEMPEÑEN LA MISMA ACTIVIDAD ECONÓMICA; O (II) SE ENCUENTREN EN UNA MISMA CADENA DE VALOR	N/A	N/A

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS

Conducta	Chile	Ecuador	Colombia	Perú
Régimen especial				
Tipos de acciones	ACCIÓN POR DAÑOS A CONSUMIDORES ACCIÓN POR DAÑOS A EMPRESAS	ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL COMÚN	ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL ACCIONES DE GRUPO	ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN QUE PUEDE INTERPONER TODA PERSONA QUE HAYA SUFRIDO DAÑOS COMO CONSECUENCIA DE UNA CONDUCTA ANTICOMPETITIVA CUYA DECLARACIÓN DE EXISTENCIA HAYA QUEDADO FIRME ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN QUE PUEDE INTERPONER LA COMISIÓN EN REPRESENTACIÓN DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS DE LOS CONSUMIDORES AFECTADOS POR CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS
Fuente(s) normativa(s)	ARTÍCULO 30 DECRETO LEY 211 ARTÍCULO 51 DE LA LEY 19.496	ARTÍCULO 71 LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO	ARTÍCULOS 1.604 A 1.617 Y 2.341 DEL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO (ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL) ARTÍCULO 3° DE LA LEY 472 DE 1998 (ACCIONES DE GRUPO)	ARTÍCULO 52 DEL TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1.034
Prescripción	CUATRO AÑOS DESDE QUE ESTÉ EJECUTORIADA LA SENTENCIA	CINCO AÑOS CONTADOS DESDE LA EJECUTORIA DE LA RESOLUCIÓN QUE IMPUSO LA RESPECTIVA SANCIÓN	DOS AÑOS DEDE LA COMISIÓN DE LA CONDUCTA (ACCIÓN CIVIL) DOS AÑOS DESDE EL CESE DE LA ACCIÓN ANTICOMPETITIVA (ACCIONES DE GRUPO)	DOS AÑOS DESDE QUE LA DECISIÓN QUE DECLARA LA INFRACCIÓN QUEDA FIRME

GARRIGUES

Contactos



Mario Ybar

Garrigues Chile

mario.ybar@garrigues.com



Ivo Gagliuffi

Garrigues Perú

ivo.gagliuffi@garrigues.com



José Miguel De la Calle

Garrigues Colombia

jose.miguel.delacalle@garrigues.com



Mario Navarrete

Pérez Bustamante & Ponce
Ecuador

mnavarrete@pbplaw.com



Susana Cabrera

Garrigues España

susana.cabrera@garrigues.com



Oriol Armengol

Garrigues España

oriol.armengol@garrigues.com

GARRIGUES

garrigues.com



centrocompetencia.com