

Informe político-legislativo

Abril 2015

.plural

Nº1



Fotografía: senado.cl

Reforma a la institucionalidad de la Libre Competencia en Chile

El 19 de marzo de 2015, el Ejecutivo ingresó al Congreso el proyecto de ley que busca modificar la normativa vigente vinculada con la protección de la libre competencia en nuestro país (boletín Nº 9950-03). El proyecto de reforma - impulsado por el Ministerio de Economía - no solo retoma la discusión sobre la criminalización de conductas anticompetitivas, sino que también modifica el sistema de sanciones existente, ampliando los alcances de la delación compensada, y alterando los presupuesto necesarios para tener por establecida una colusión, entre otras medidas.

El objetivo propuesto por el Ejecutivo es “perfeccionar nuestra institucionalidad de defensa de la libre competencia y dotarla de los mas altos estándares que permitan conciliar el legítimo interés de todos los actores que se desempeñan en los mercados...”, según lo que indican los fundamentos de la ley en su mensaje.

A continuación se explican los aspectos más relevantes de la propuesta legislativa, analizando su articulado y las modificaciones propuestas al sistema sancionatorio.

Reforma a la institucionalidad de la Libre Competencia en Chile

Sanciones penales

El DL 211 (1973), sufrió en el año 2003 su modificación más relevante. Durante el gobierno del presidente Lagos, y ante la ausencia de condenas penales por conductas que atentaran con la libre competencia, se decidió derogar las penas privativas de libertad del decreto ley. El gobierno aludió, en ese entonces, a que la tipificación del ilícito no satisfacía el estándar exigido por el principio de legalidad, y que la pena no sería idónea como disuasor de conducta.

Luego de esos cambios, se han presentado múltiples proyectos para modificar el espectro de sanciones en caso de delitos contra la libre competencia. Esta multiplicidad de propuestas pueden dividirse de la siguiente manera:

1. La reincorporación de penas privativas debe hacerse al Decreto Ley 211, volviendo al estado anterior a la reforma del 2003.¹
2. Regulación de conductas que atentan con la libre competencia a través de sanciones contempladas en la ley sobre lavado y blanqueo de activos.²
3. Por último, se ha buscado el reforzamiento de la penalidad actualmente vigente en el Código Penal en los art. 285, 286 y 287. A esta postura se asocia el peculiar entendimiento de que aún cuando el DL 211 fue modificado durante el gobierno de Ricardo Lagos, esa modificación en forma alguna implicó la eliminación de sanciones penales de nuestro ordenamiento jurídico, ya que estas seguirían existiendo, no en un cuerpo jurídico especial, sino en el Código Penal que nunca fue derogado y seguía sancionando este tipo de conductas con pena de cárcel.³

El proyecto, contempla la criminalización de conductas anti competitivas, particularmente penas de cárcel para la colusión, y lo hace a través de una reforma al Código Penal, incorporando los arts. 286 bis, ter y quater.

Esta nueva regulación solo sería aplicable respecto de los llamados “carteles duros”, conforme a la descripción del tipo penal realizada por el Ejecutivo, elevando las penas originalmente contempladas en el DL 211, de presidio menor en cualquiera de sus grados (61 días a 5 años) a una sanción penal que puede ir desde los 5 años y un día, hasta los 10 años.

El problema que se suscita con esta reforma no descansa en la desproporcionalidad de la sanción, sino mas bien en reconocer que la adopción de sanciones privativas de libertad pueden contribuir a generar un efecto disuasor mucho más potente que las sanciones solo aplicables respecto de la empresa (disolución, prohibición de contratar o multas). Es este razonamiento el que ha llevado al Ejecutivo a considerar penas privativas de libertad a conductas colusivas, ya que la sanción privativa de libertad, imponiéndose respecto de quienes tienen la decisión final de cometer la conducta anticompetitiva, si puede tener un efecto disuasor relevante en la actualidad. A diferencia del año 2003, la institucionalidad de libre competencia vigente ha dado muestras de su capacidad para detectar, perseguir y enjuiciar a quienes infrinjan la legislación, donde además la redacción propuesta para la sanción criminal satisface cabalmente las exigencias del principio de legalidad, salvándose de esta forma los problemas que, de acuerdo al mismo gobierno, enfrentaba la anterior normativa.

¹ En este sentido se han pronunciado los boletines 6376-03, 6442-03, 6454-07, 8822-07, 9046-03 y 9934-03 (el que además incluye modificaciones al Código Penal).

² Así lo busco establecer el boletín 8088-03 del año 2011.

³ En esta línea se cuentan los boletines 6439-07, 9026-07, 9619-03 y 9934-03, que como se señaló anteriormente, incorpora también modificaciones al DL 211.

Reforma a la institucionalidad de la Libre Competencia en Chile

La sanción económica

Si lo que se busca es lograr que los actores económicos no incurran en conductas que puedan afectar el adecuado funcionamiento del mercado por la amenaza de sanción, el establecimiento de multas por la comisión de estos ilícitos sigue siendo relevante desde el punto de vista preventivo, aunque para garantizar su efecto debe mantenerse en condiciones diversas a la actual.

Así, las multas que se asocien a este tipo de hechos no deberían corresponder a montos fijos o tramos legalmente señalados como en la actualidad, sino más bien a un monto calculado en función de la utilidad obtenida por la conducta colusoria. Esta forma de cálculo de la sanción – propuesta por el Ejecutivo en su proyecto – sigue la línea de lo realizado por la Unión Europea y EE.UU. En particular, la iniciativa habilita al Tribunal de la Libre Competencia (TDLC) a sancionar con una multa equivalente hasta el doble de la utilidad obtenida por la empresa sancionada, durante el tiempo en que tuvo lugar la acción colusoria.

En aquellas situaciones en donde se haga prácticamente imposible determinar la utilidad específica derivada de la colusión, el proyecto sostiene que el TDLC podrá aplicar una multa equivalente al 30% de las utilidades totales obtenidas por la empresa durante el tiempo en que se entiende tuvo lugar la conducta anti competitiva.

De ese modo, parece sostenible afirmar que esta forma de cálculo satisface totalmente la función preventiva que este tipo de normas debe cumplir, generando con esto un desincentivo suficiente al momento de evaluar

incurrir en una conducta que atente contra la libre competencia.

Otras sanciones contempladas

Se suman a las sanciones antes descritas, las actualmente existentes, entre las cuales destacan la disolución de la personalidad jurídica y la nueva prohibición para participar de contratos con el Estado por un plazo de hasta 5 años.

Todos estos mecanismos buscan constituir un incentivo suficiente para que los involucrados en atentados contra la libre competencia, denuncien y aporten antecedentes a la investigación seguida por la Fiscalía Nacional Económica (FNE), asegurándose algún tipo de reducción o exención de la respectiva sanción aplicable al caso.

Por último, y ante la inexistencia de una infracción vinculada a la entrega de antecedentes falsos, y la dificultad de extender el tipo penal de obstrucción a la justicia al proceso llevado adelante por la FNE, es que el proyecto contempla una sanción especial a quienes aporten información falsa en la investigación seguida de conformidad al DL 211.

El rol de la delación compensada

Al momento de abordar el sistema de sanciones para los delitos contra la libre competencia, no puede obviarse el rol que juega la delación compensada como mecanismo para favorecer el descubrimiento y sanción del grupo de empresas que incurran en estos ilícitos.

Actualmente⁴, la delación compensada permite acceder a una reducción o exención de multa, a cambio de proporcionar antecedentes que permitan acreditar la conducta y la identificación

⁴ Conforme a lo dispuesto por el art. 39 bis del DL 211

Reforma a la institucionalidad de la Libre Competencia en Chile

de los responsables, absteniéndose de hacer pública la solicitud de acogerse a este beneficio y desvinculándose de la conducta denunciada.

Considerando las reformas propuestas al sistema sancionatorio, se hacía necesario incorporar un paquete de medidas que robustecieran este mecanismo y extendieras su aplicación a los demás casos comprendidos en la reforma al DL 211.

Uno de los cambios más importantes se da respecto a la persecución criminal, la que al verse incorporada con esta reforma, no podía quedar fuera de la delación compensada, ya que en caso contrario desaparecería el incentivo para denunciar. De esta manera, respecto de quienes se acojan a la figura del art. 39 bis, la FNE podrá desistir de la acción penal, o mejor dicho eximir a los colaboradores de la misma, considerando su aporte al esclarecimiento de los hechos.

El beneficio antes mencionado, solo podrá hacerse efectivo respecto del primer compareciente, reservándose la posibilidad de acceder a una reducción o exención de la multa o la prohibición de contratar con el Estado para el resto de los partícipes o ejecutores que tomen parte del hecho, y aporten antecedentes para el esclarecimiento de los hechos. Estos último podrán, además, acceder a la exención de la disolución, sanción contemplada actualmente en el art. 26 del DL 211, y mantenida por el proyecto de ley en cuestión.

Conclusiones: El nuevo sistema sancionatorio

La reforma presentada por el Ejecutivo satisface, los principios que un sistema de

protección a la libre competencia debe cumplir. El avance más relevante es la generación de mecanismos disuasorios considerablemente más efectivos que los vigentes en la actualidad, al aumentarse el monto de las multas aplicables a los casos de atentados contra la libre competencia. Además, la consideración de nuevas sanciones le otorgan a la fiscalía un abanico de opciones aplicables a casos de diversa entidad, pudiéndose diferenciar casos complejos y graves, de otros en los que el tipo de acuerdo y el daño producido, ameritan sanciones de menor intensidad.

A lo anterior se suma la disuación particular que se busca a través del establecimiento de penas privativas de libertad para los directivos responsables de las conductas colusorias, haciéndose cargo de las falencias que el sistema de multas, en particular debido a que estas no constituyen un costo real para los principales actores involucrados, ya que eran aplicables solo respecto de la entidad comercial, y no respecto de quienes tienen a su cargo la toma de decisiones que justifican la intervención de la FNE y el TDLC.

Por último, el proyecto se hace cargo adecuadamente del rol que le corresponde jugar a la delación compensada en este nuevo escenario, ampliando el espectro de sanciones respecto de la cual resulta aplicable.

No obstante, se observan algunos reparos menores a la forma en que el proyecto se encuentra redactado, que deben servir de consideración para su trámite legislativo. En primer lugar, destaca el hecho de que si bien los primeros en hacer uso de la figura de delación compensada acceden a beneficios que pueden incluir la eximición de la sanción penal, asoma

Reforma a la institucionalidad de la Libre Competencia en Chile

como un punto relevante el que los que contribuyan con posterioridad con antecedentes que permitan identificar a los responsables, no solo podrán acceder a los beneficios establecidos con la reforma al DL 211 (la eximición o disminución de la sanción de pecuniaria y la prohibición de contratar con el Estado), sino que satisfecerían, conforme a la redacción del proyecto, los elementos que se han entendido necesarios para aplicar la atenuante: la colaboración sustancial con el esclarecimiento de los hechos⁵. Esto implica un reconocimiento tácito a la atenuación de responsabilidad en sede penal en caso de buscarse el establecimiento de una pena privativa de libertad.

En segundo lugar, se debe considerar que la redacción elegida por el Ejecutivo sobre las sanciones aplicables a quienes de forma injustificada no respondan a las solicitudes de información de la FNE, o lo hagan parcialmente, se presta para un posible conflicto constitucional con el principio de no autoincriminación contemplado en la Constitución Política de la República⁶, aún cuando la sanción considerada solo sea una multa. Esto porque si bien existe, al igual que en sede penal, el derecho a requerir información, la ambigua redacción deja a criterio de la FNE la determinación del caso en que la información entregada no sea suficiente, poniéndose en conflicto el derecho de todo investigado a no revelar aquellos antecedentes que puedan resultar incriminatorios y que, en ciertos casos, no forman parte de la investigación seguida adelante por la fiscalía. Si bien la extensión de esta garantía a un ámbito distinto al criminal ha estado en discusión y fue resuelta por el Tribunal Constitucional en el

“Caso Pollos”⁷, estimamos que la interpretación literal de la garantía constitucional referida no puede constituir un impedimento para el ejercicio de la misma en una instancia distinta al proceso penal mismo.⁸

⁵ Art. 11 n° 9 del Código Penal

⁶ Art. 19, letra f, numeral séptimo

⁷ Rol N°2381-12

⁸ En este sentido se ha pronunciado, entre otros, Eduardo Camaño, en “La garantía de no autoincriminación y el poder punitivo del Estado”, publicado en El Mercurio Legal, 06 de septiembre, 2013.

• Informe político-legislativo del Centro de Estudios Plural Chile.

Se autoriza el uso de este material, citando la fuente.

Más informaciones en:

Don Carlos 2986, Of. 3

Las Condes, Santiago, Chile

Teléfono: +562 2333-2612

E-mail: contacto@pluralchile.org

Web: www.pluralchile.org