Sanciona penalmente los atentados a la libre competencia, aumenta las sanciones pecuniarias y modifica la figura de la delación compensada
Boletín N° 8822-07

El presente Proyecto de Ley tiene por objeto proponer una serie de medidas que tienen por objeto hacer factible un sistema sancionatorio penal acorde a los principios que regulan los atentados a la Libre Competencia en Chiles.

En este sentido, la doctrina nacional llegó hace algunos años atrás a la convicción de que las sanciones penales, no se condicen con un sistema regulatorio de la Libre Competencia acorde a los principios económicos y de eficiencia que requiere la regulación de estas actividades.

---

1 A la fecha, los proyectos de ley vigentes o archivados presentados sobre Libre Competencia no han logrado poner de relieve los verdaderos puntos sobre los que es necesario legislar, pese a que unos se acercan a ello, mas no proponen cambios sustanciales y viables. A saber, estos proyectos son: Proyecto que Modifica ley N° 19.496, del 15 de Dic. de 2011 con el objeto de permitir que los consumidores puedan invocar las sentencias dictadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, cuando ellas declaren la asistencia de ilícitos en que aquellos puedan fundar pretensiones civiles contra sus proveedores. En tramitación. N° Boletín 8092-03; Proyecto que modifica ley N° 19.496, del 20 de Ene. de 2010, con el objeto de otorgar competencia a los Tribunales de Defensa de la Libre Competencia, para conocer de las acciones de interés colectivo o difuso. En tramitación. N° Boletín 6825-03; Proyecto que establece la obligación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de disponer una nueva licitación cuando actos de colusión hayan incidido en la concesión o entrega a cualquier título de un bien nacional del 18 de Nov. de 2009. En tramitación. N° Boletín 6770-03; Proyecto que eleva las multas en materia de libre competencia, en consideración al beneficio obtenido por la infractora, y penaliza al vendedor de farmacias que niegue la venta de medicamentos, del 28 de Abr. de 2009. En tramitación. N° Boletín 6471-03; Proyecto que modifica ley N° 19.496, del 14 de Abr. de 2009, haciendo aplicable las acciones colectivas y difusas, a las conductas contrarias a la libre competencia que perjudique a los consumidores. En tramitación. N° Boletín 6461-03; Proyecto que tipifica delitos atentatorios contra los derechos de los consumidores y la libre competencia, del 02 de Abr. de 2009. En tramitación. N° Boletín 6439-07; Proyecto que impone penas por delitos que atenten contra la libre competencia, del 02 de Abr. de 2009. En tramitación. N° Boletín 6438-03;
Proyecto que sanciona con pena privativa de libertad, las conductas contra la libre competencia en los mercados que indica, del 01 de Abr. de 2009. Archivado. N° Boletín 6442-03; Proyecto que introduce modificaciones al D.L. N° 211, del 17 de Dic. de 2008, sobre protección de la libre competencia. En tramitación. N° Boletín 6276-03; Proyecto que modifica el D.F.L. N° 1, del 20 de Jun. de 2006, referido al Tribunal de Defensa de Libre Competencia. Publicado. N° Boletín 4234-03; Proyecto que modifica la ley N*19.039, del 09 de Mar. de 2004, en resguardo del desarrollo y ejercicio de la libre competencia. En tramitación. N° Boletín 3467-03; Proyecto que fija normas para la defensa de la libre competencia, a fin de regular la relación entre supermercados y sus proveedores, del 22 de Ene. de 2004. En tramitación. N° Boletín 3454-03; Proyecto que modifica la Constitución Política de la República estableciendo el reconocimiento constitucional de la libre competencia y de los derechos de los consumidores, 11. de Jun. de 2002. Archivado. N° Boletín 2963-07; Proyecto de ley que autoriza la libre competencia en la instalación y administración de teléfonos públicos; de fecha 05 de Ene. de 1995. Archivado. N" Boletín 1497-15.

[1] FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN (2010) Ideas & Propuestas N" 53.

Ello, ya que desde la publicación del Decreto Ley 211 en el año 1973, la normativa ha sufrido cambios importantes, en forma resumida: pasando desde la aplicación de sanciones privativas de libertad a la sola imposición y posterior agravación de multas o sanciones pecuniarias, hasta la creación de la figura de la Delación Compensada, subsistiendo a nuestros día estas dos últimas modalidades.

Han transcurrido 40 años desde que se dictara el estatuto jurídico de defensa de la Libre Competencia, y evidentemente los desafíos actuales a los que debe responder la normativa han variado, principalmente a partir de su verdadera puesta a prueba, como fue el caso de la colusión de las farmacias o los atentados provocados por grupos monopólicos que regulan el transporte aéreo y terrestre, sin perjuicio de su cada vez más amplia aplicación en la regulación de otros mercados.

Así y en su origen, el cuerpo legal respondió a la necesidad del país de adecuarse a una economía con importantes grados de intervención pública, hacia un esquema más abierto, en el cual el mercado sería el principal asignador de los recursos.

La experiencia ha sido indudablemente satisfactoria. En efecto, la institucionalidad de defensa de la competencia ha logrado consolidarse como una instancia regulatoria ampliamente respetada y con plena vigencia y efectividad.

Sin embargo, los profundos cambios de las últimas décadas en la estructura económica del país, que dio paso a la participación privada en casi todos los sectores productivos y a la inserción de Chile en la economía global, junto con la aparición de nuevas estructuras empresariales, por ejemplo derivadas de la creciente ola mundial de fusiones y alianzas, han modificado sustancialmente el contexto en el cual le corresponde funcionar a la institucionalidad de la libre competencia, creando nuevas y mayores exigencias.

Frente a este escenario, parece prudente volver a plantearse la necesidad de consagrar sanciones privativas de libertad que castiguen estos ilícitos. Ello, ya que como hemos sido testigos estos últimos años, los atentados a la Libre Competencia no sólo afectan a los grandes grupos empresariales o el libre acceso a desarrollar actividades económicas por parte de pymes o pequeñas y medianas empresas, sino que han

afectado directamente bienes jurídicos de particulares, principalmente de los consumidores, los que frente a estas conductas, han sufridos graves atentados, directa o indirectamente, a su salud, su patrimonio, y a su libertad.

De esta forma, la propuesta normativa aquí planteada, reconoce la naturaleza y las nociones jurídicas y económicas propias que rigen la normativa Antitrust, manteniendo sus instituciones, principios y normativas esenciales, pero reconociendo que determinados atentados a bienes jurídicos relevantes, por su gravedad, deben ser sancionados punitivamente.

En este sentido, debemos aclarar que la propuesta aquí planteada no busca sancionar a los grandes grupos económicos, o en general a personas jurídicas de distinta índole, lo cual sin duda será procedente en ciertos casos mediante las sanciones ya consagradas en la legislación, sino que aplicar sanciones privativas de libertad a aquellas "personas naturales" que mediante actos u omisiones, promuevan o ejecuten actos contrarios a la Libre Competencia.

Finalmente, se propone que el conocimiento de las conductas penales, por su especialidad, de la cual carece el TDLC, y la entrada en vigencia de la nueva institucionalidad en materia procesal penal, con los principios y garantías que ello conlleva, sean se conocimiento exclusivo de los Tribunales Ordinarios de Justicia.

Principales modificaciones a la regulación de la Libre Competencia en Chile

El Derecho de la Libre Competencia, como señala un estudio llevado a cabo por la Fundación Jaime Guzmán[2], tiene más de 50 años de historia en nuestro país. De hecho, su origen tiene como antecedente uno de los trances más profundos por los que haya atravesado Chile en materia económica: la crisis de la industria del salitre, producida por la gran depresión de los años 30. Frente a ese escenario, el Estado tomó un papel preponderante como agente del mercado, interviniendo precios y diseñando políticas que lo llevaron a controlar la mayoría de los sectores de la economía.

---

[2] **FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN (2010) Ideas & Propuestas N° 53.**

A raíz de lo anterior, y a pesar de una relativa estabilidad, la inflación pasó a ser un tema cada vez más relevante y preocupante. Por este motivo, el país recurrió al consejo de consultores internacionales, donde destacó la Misión Klein-Sacks, para superar este y otros problemas que en ese tiempo presentaban gran persistencia. Uno de los aspectos que más preocupó a esta Misión fue el control de precios, herramienta preferida de la época para manejar los monopolios y recomendó, entre otras medidas generales, su substitución por una política de mayor libertad, fiscalizada a través de la instauración de una legislación antimonopolios.

Teniendo en consideración lo anterior, durante el gobierno de Jorge Alessandri (1958-1964), se inaugura en Chile el Sistema de Protección a la Libre Competencia, a través de la dictación de la Ley 13.305, que tomó como ejemplo la regulación antimonopolios de EEUU. Cabe decir que este cuerpo legal no tuvo la importancia que se esperaba y, en la práctica, eran muy pocos los casos que llegaban a solución a través de los medios e instituciones que se crearon al efecto.

A partir del siguiente gobierno, con Eduardo Frei Montalva a la cabeza (1964-1970), se producen transformaciones económicas de relevancia, como la chilenización del cobre y la reforma agraria. Se inicia así un proceso de cambios, que tiene su punto cúlmine en la década de los setenta, cuando nuestra economía vive una de sus transformaciones más radicales y complejas.

En este contexto, Salvador Allende (1970-1973), mientras estuvo en el gobierno, implementó políticas que violentaron los equilibrios propios de una sana economía y que acarrearon la expropiación de todas las empresas y/o actividades que, bajo la particular perspectiva de ese Gobierno, condicionaban el desarrollo económico y social del país.

Lo anterior afectó desde la industria energética hasta la relacionada con las comunicaciones, incluyendo la nacionalización de la banca privada y de los yacimientos mineros.

Así, se consolidó una especie de monopolio estatal que cruzaba todas las actividades económicas. Los resultados de esos cambios fueron desastrosos, pues los índices sociales y económicos de esa época se

cuentan entre los peores de nuestra historia y fueron claves en el quiebre democrático.

Sin embargo, a partir de 1973, con el nuevo régimen político, "se dio también un vuelco en términos de la orientación económica. La política progresivamente intervencionista, que con Allende había alcanzado su máxima expresión, fue sustituida por una filosofía liberal-económica, donde el Estado pasó a tener un rol básicamente subsidiario." El gobierno militar llevó a la práctica las mejoras que se habían propuesto desde la Misión Klein-Sacks, aplicando principalmente los análisis que unos años antes habían preparado destacados académicos chilenos formados en EEUU, y que se dieron a conocer a través del texto conocido como "El Ladrillo".

Este estudio responsabilizó de la crisis que vivía el país al gran intervencionismo del Estado en materia económica, y señaló los criterios fundamentales para el futuro económico de la nación: El Estado "debe restringirse sólo a aquellos campos que los particulares no quieren o no pueden actuar (...) consagrando la libre iniciativa privada en materia económica como una expresión de la libertad individual".

Dentro de esta permanente adecuación de la legislación que protege la libre competencia, uno de los aspectos que permanentemente ha ido variando se refiere a la naturaleza que deben tener las sanciones que se imponen a los culpables de la comisión de estos actos. Así, se han establecido sanciones penales, civiles y administrativas, dependiendo, muchas veces, de lo que sucede en la contingencia.

De esta forma, la Libre Competencia en Chile tuvo su reconocimiento formal a través de la dictación en 1973 del Decreto Ley 211. El 21 de mayo de 2002, el Presidente de la República de la época anunció la presentación de un proyecto de ley para modificar el Decreto, en virtud de los cambios y avances experimentados en la legislación comparada y en la ciencia económica y jurídica relativa a la libre competencia, así como la práctica y jurisprudencia que por casi treinta años se había desarrollado en Chile.

En aquella oportunidad, los ejes centrales del proyecto y de la discusión en el Congreso Nacional, fueron una nueva tipificación de las conductas que se consideran ilícitas, la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

En Octubre del año 1997 se envió al Congreso Nacional un proyecto de ley destinado a adaptar nuestra legislación en este sentido. Sin embargo, tal como se expresó en el Mensaje del mismo, este proceso de revisión de la institucionalidad antimonopolio debía ser gradual, partiendo en dicha ocasión con los cambios y modificaciones tendientes a fortalecer la Fiscalía Nacional Económica. El citado proyecto de ley se hizo realidad con la Ley N° 19.610, publicada en el Diario Oficial el 19 de mayo de 1999.

La aprobación del referido proyecto de ley por el Congreso Nacional y su posterior promulgación por el Presidente de la República, originó la ley N° 19.911, publicada en el Diario Oficial el día 14 de noviembre de 2003.

Posteriormente, en cumplimiento de la delegación de facultades establecida en la disposición octava transitoria de dicha ley, el Presidente de la República dictó, a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2004, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, publicado en el Diario Oficial el 7 de marzo de 2005.

Dicho texto tuvo una nueva modificación, introducida por la ley N° 20.088, publicada en el Diario Oficial el día 5 de enero de 2006, en virtud de la cual se introdujo el artículo 9° bis, que establece como obligatoria la declaración jurada patrimonial de bienes a las autoridades que ejercen una función pública, en este caso, a los integrantes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia3.

Finalmente la Ley 20.361 de 13 de Julio de 2009, modifica el Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Bien jurídico protegido o tutelado en la normativa de Libre Competencia

La defensa de la libre competencia no resulta ser un fin en si misma, sino un medio para preservar el derecho a participar en los mercados, promover la eficiencia y por esa vía el bienestar de los consumidores.

---

[3] HISTORIA DE LA LEY 20.361 (2009) p. S.

Estas normas servirán de principio inspirador o de guía para aquellos que tengan la misión de resolver los conflictos en esta área.

Asimismo, dará más certeza a los agentes económicos tanto sobre los límites que deben considerar en sus estrategias comerciales como sobre la protección de que disponen frente a los abusos de terceros.

Desde sus orígenes, en sus considerandos, el DL N°21 1 sentaba objetivos fundamentales:

1° Que el monopolio y las prácticas monopólicas son contrarias a una sana y efectiva competencia en el abastecimiento de los mercados ya que mediante el control de la oferta o demanda es posible fijar precios artificiales y lesivos al interés del consumidor;

2° Que tales actividades, por otra parte, no incentivan la producción; protegen al productor o distribuidor ineficiente; tienden a la concentración del poder económico y distorsionan el mercado en perjuicio de la colectividad;

3° Que, por tanto, resulta necesario garantizar la libre concurrencia previniendo la existencia del monopolio y de las prácticas monopólicas y sancionando drásticamente su ejecución.

Necesidad del carácter penal de las sanciones

Todo tipo penal debe describir las conductas que sanciona de manera precisa, de forma que los sujetos a los cuales se dirige la norma tengan la certeza de aquello que está prohibido por el legislador.

Lo anterior, ha sido una de las principales críticas que detractores a la penalización de la Libre Competencia han esgrimido, puesto que las normas originarias adolecían de imprecisión y por tanto atentaban contra el Principio de Legalidad constitucionalmente consagrado.

Por otro lado, se ha señalado que el escenario actual en el que se desenvuelven los agentes económicos es complejo, por lo que es importante no introducir reglas que señalen per se las conductas que constituyen atentados en contra de la libre competencia.

Finalmente, se ha dicho que como contrapartida a la eliminación del carácter penal, que rara vez ha dado paso a la acción penal y se estima que no ha logrado disuadir las conductas contra la libre competencia, se propone aumentar las multas y hacer responsables

solidariamente de su pago a los directores, gerentes o administradores de las empresas que incurrieren en ellas[4].

Pese a ello, la experiencia ha demostrado que las conductas antimonopólicas muchas veces resultan ser altamente lucrativas, por lo que el costo de delinquir no disuade a los infractores, quienes en persecución de sus fines monetarios -que en circunstancias normales son absolutamente lícitos- optan por la vulneración de la normativa, haciéndose cargo de los costos menores que ello acarrea.

Se suma a lo anterior, el hecho de que durante la vigencia de las sanciones penales en materia de Libre Competencia, no se suscitaron grandes vulneraciones a su normativa, ya sea por la falta de madurez del mercado, por la carencia de los medios tecnológicos para ello, o por no existir los incentivos económicos para ello. Ergo, resulta ilógico pensar que la no aplicación de las normas sea meramente por su poca idoneidad o precisión jurídica.

Quién pondría en duda que de haber existido las sanciones privativas de libertad tras el caso de la colusión de las farmacias, éstas no se hubieran hecho efectivas con todo el rigor de la ley. Prueba de ello, es que se ha recurrido a normas residuales del Código Penal para hacer efectiva una responsabilidad que no fue suficientemente enmendada y subsanada, pues las multas finalmente aplicadas no alcanzan ni a un tercio de los beneficios económicos que las conductas reportaron.

Aumento de las multas y su marco de aplicación

Dado a lo expresado con anterioridad y al problema de costo-beneficio que afectan la efectividad disuasiva de las actuales sanciones consagradas en esta materia, se hace imprescindible que, además de reestablecer las sanciones privativas de libertad, se aumenten las multas consagradas actualmente en la legislación, incluso en casos en que se haya dado aplicación a la figura de la Delación Compensada.

En este sentido, la revelación de informaciones no puede soslayar la existencia de una voluntad orientada a atentar contra los bienes jurídicos socialmente relevantes que protege la legislación antimonopólica, por lo que en ningún caso la aplicación de la figura

[4] **HISTORIA DE LA LEY 19.911, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2003) p. 12**

puede tener como consecuencia la exención de toda sanción pecuniaria, sólo por factores probatorios.

Ello representa doctrinariamente un "puente de plata" desde la sanción a su exención, basado en una política orientada principalmente a la eficacia de la detección temprana de un ilícito que puede provocar significativos daños en un mercado y que, sólo por la imposibilidad de su descubrimiento, sin la acción de uno de los que participan en la conducta, la sanción cede exclusivamente respecto de quien efectúa la revelación.

Sin embargo, el beneficio que se establece no anula, por consiguiente, la ilicitud de la conducta de quien revela información importante para la investigación, pero sí representa en todos los casos un estímulo para que el ilícito pueda ser descubierto y evite que se siga cometiendo o, en ciertas situaciones, puede incluso llegar a desarticular su perpetración cuando aún no produce efectos.

La propuesta aquí planteada, reconoce el valor de esta figura, puesto que representa una demostración de buena fe por parte del infractor, equivalente, en términos dogmático-penales, a las causales atenuantes N° 7, 8, 9 y 10 del Código Penal, a saber: *si* ha procurado con celo reparar el *mal* causado o *impedir* sus *ulteriores* perniciosas consecuencias; *si pudiendo eludir la acción de la justicia* por medio de la fuga u *ocultándose,* se ha denunciado y confesado el *delito; si se ha* colaborado *sustancialmente al* esclarecimiento de *los* hechos; o el *haber obrado por celo* de la justicia.

Mas en ningún caso equivalen, proporcionalmente, a una causal de exculpación o eximente de responsabilidad, puesto que el acto ilícito ya ha sido ejecutado.

Por lo demás, el *animus* que mueve al infractor no es moralmente un acto de constricción, sino un mero vehículo pecuniario para evitar sanciones mayores frente a un inevitable enjuiciamiento y sanción.

El problema jurisdiccional

Finalmente, debemos tener presente que dada la naturaleza penal de las normas contenidas en este proyecto, y para un correcto procesamiento y sanción de dichas conductas, el *standart* establecido por la Reforma Procesal Penal, a través de sus principios e instituciones,

obliga al legislador a someter estas conductas a la jurisdicción ordinaria (Juzgados de Garantía y Tribunales Oral en lo Penal).

Principios generales como el de debido proceso, y en particular, los de inocencia, juicio previo, única persecución, exclusividad en la investigación, protección de la víctima, autorización judicial previa, entre otros, no resultan suficientemente cautelados por el proceso llevado ante un tribunal mixto como lo es el TDLC.

Así lo señalo la Corte Suprema durante la tramitación de la ley que crea el TDLC, que señaló que la autorización por parte de un tribunal contencioso económico y de composición mixta respecto de sus integrantes, en cuanto a su calidad profesional, no resulta adecuada para garantizar el respeto a los principios de un debido proceso. Ésta debiera ser otorgada por el Juez de Garantía, para lo cual habría que considerar una reforma de las normas pertinentes del Código Procesal Penal[5].

Por estas consideraciones, se somete a tramitación el siguiente

[5] **HISTORIA DE LA LEY 20.361 (2009) p. 28**

Proyecto de Ley:

Modifíquese el DL 211 en las siguientes disposiciones:

Art. 1.- Agréguese a la letra a} del artículo tercero, el siguiente inciso segundo y tercero:

"Las *personas naturales que ejecuten,* acepten, u *obtengan beneficios* económicos de *las conductas* señaladas *en el* inciso *anterior,* serán sancionadas con presidio menor *en* su grado *mínimo* a máximo, sin perjuicio de las *multas y sanciones establecidas en esta* ley.

Para efectos de hacer efectiva *esta responsabilidad penal,* serán *competentes para* conocer, juzgar y hacer ejecutar lo *juzgado, los* Tribunales *Ordinarios de* Justicia."

Art. 2.- Modifíquese el párrafo primero del artículo 26 letra c) por el siguiente:

"*Aplicar multas* a *beneficio fiscal hasta* por *una* suma *equivalente* a *veinte mil* unidades *tributarias* anuales y, en el caso de *sancionar una* conducta *prevista en la letra a) del* artículo 3°, hasta por *una suma equivalente a* cien *mil unidades* tributarias *anuales.*"

Art. 3.- Reemplácese el texto del artículo 39 bis por el siguiente:

"*Artículo 39 bis.- El que ejecute una conducta* prevista en la *letra* a) del *artículo 3°* podrá acceder a *una reducción de la multa cuando* aporte a la Fiscalía *Nacional* Económica *antecedentes que* conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.

Para acceder a este beneficio, el ejecutor de la conducta deberá cumplir *los* siguientes requisitos:

1.- Proporcionar antecedentes *precisos,* veraces y comprobables que representen *un* aporte efectivo a la *constitución de* elementos de *prueba suficientes* para *fundar un requerimiento* ante *el Tribunal;*

2.- Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios *hasta que la*

Fiscalía haya formulado el *requerimiento* u ordene archivar los antecedentes *de la* solicitud, *y*

1.- Poner fin a *su* participación *en* la conducta *inmediatamente después de presentar su solicitud.*

Para acceder a la reducción *de la* multa, *además de* cumplir los requisitos *señalados en* el inciso anterior, el ejecutor de la *conducta deberá ser el* primero que *aporte* los antecedentes *a la* Fiscalía, dentro del grupo de *responsables de* la *conducta* imputada.

En todo caso, la *rebaja de la multa que solicite el Fiscal en su requerimiento, no podrá ser superior al 50% de la* mayor multa solicitada para los demás *ejecutores* de la conducta que no pueden *acogerse a* los beneficios de este *artículo.*

En su requerimiento el Fiscal individualizará a cada *ejecutor de la* conducta que cumplió *los requisitos* para acceder al beneficio de *reducción* de la *multa.*

Si el Tribunal diere por acreditada la conducta, no podrá aplicar una multa mayor a *la solicitada* por el *Fiscal* a *quien haya sido individualizado* como acreedor de una *reducción de* la *misma,* salvo *que se acredite durante el* proceso *que* dicho acreedor fue el *organizador* de la conducta *ilícita coaccionando a los* demás a *participar en ella.*

Quien alegue la existencia de *la conducta prevista en la letra a)* del artículo 3°, *fundado* a *sabiendas en antecedentes falsos o fraudulentos* con el propósito de perjudicar a *otros* agentes económicos acogiéndose a *los beneficios* de este artículo, será *sancionado conforme a lo establecido en el artículo 210 del Código Penal.*"

