PROYECTO DE LEY QUE SANCIONA PENALMENTE LA COLUSIÓN

FUNDAMENTOS

Con la dictación del DL Nº 211, el año 1973, se consagró en nuestro ordenamiento un nuevo marco jurídico en relación a la defensa de la libre competencia, tanto respecto de su institucionalidad (Comisiones Preventivas Regionales y Central, Comisión Resolutiva y la Fiscalía Nacional Económica), como de la descripción de las conductas contrarias a ésta y el procedimiento a seguir en cada caso.

En cuanto a las conductas contrarias a la libre competencia, el artículo 1º señalaba expresamente que, "el que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior, *será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados".*

De esta forma, se tipificada el delito y, por consecuencia, se le otorgaba una sanción penal.

Sin embargo, a fines del año 2003 se publicó la Ley Nº 19.911 que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, modificando la normativa vigente. En aquella ocasión se señaló que dado que el escenario en que se desenvuelven los agentes económicos es complejo, era importante no introducir reglas que señalen per se las conductas que constituyen atentados en contra de la libre competencia, resultando aconsejable mantener una norma amplia con ejemplos básicos, para que únicamente este Tribunal decidiera, en cada caso concreto, qué conducta constituye un atentado a la libre competencia. Dado que lo anterior era incompatible con una figura penal, se procedió a su eliminación, siendo reemplazado con un aumento en las multas y el establecimiento de la responsabilidad solidaria de los directores, gerentes o administradores de las empresas que incurrieren en ellas.

Sin embargo, transcurridos más de cinco años desde aquella modificación, y a la luz de los acontecimientos recientes, creemos que es importante reestablecer la sanción penal, sólo para el caso de colusión. De esta forma, se establece una pena de cárcel (presidio menor en cualquiera de sus grados) para aquellos casos en que los agentes económicos, en forma expresa o tácita, acuerden fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, se limite la producción, se asignen zonas o cuotas de mercado,

abusando del poder que dichos acuerdo les confieran, afectando, en último término, a los consumidores.

La modificación sólo hace referencia a la colusión ya que ésta, dentro de las conductas contrarias a la libre competencia, debe tener una consideración especial. Los acuerdos entre empresas destinados a fijar precios son difíciles de detectar y probar y sin embargo, constituyen conductas abusivas que causan un grave impacto en el mercado y sus efectos pueden perjudicar a miles y miles de personas.

Tal como lo señala la Fiscalía Nacional Económica, la colusión entre competidores es la figura reconocida como más nociva para el funcionamiento de los mercados. Ella impide que los precios, la cantidad de producción y la calidad de los productos y servicios sean determinados libremente por el juego de la oferta y la demanda, en libre competencia. Como resultado de la colusión entre competidores, en los mercados afectados por ella, los precios son más elevados que los competitivos, hay menos productos disponibles y la calidad de los mismos es inferior a la que puede encontrarse en mercados competitivos. Ello porque desaparecida la rivalidad entre los competidores, estos carecen de todo incentivo para innovar y mejorar sus productos.

Además –y sin duda lo más perjudicial- se afecta el excedente del consumidor, impidiendo que todas las personas que en competencia perfecta adquirían estos productos las adquieran luego de la colusión y que quienes estén en condiciones de pagar más, puedan gastar la diferencia en adquirir otros productos. Este comportamiento se agrava si los productos objeto de la colusión son de necesidad básica y responden a situaciones de monopolio o oligopolio como el caso de las farmacias. El adquirente de productos o servicios víctima de colusión entre competidores termina pagando más y/o recibiendo menos que si, en el caso, dichos competidores u oferentes hubieran competido efectivamente.

Hay dos elementos importantes para permitir que un grupo de empresas pueda mantener un acuerdo colusorio. El primero, es la posibilidad de detectar a cualquier miembro del cartel que haga trampa y se desvíe del acuerdo colusivo. El segundo, es la capacidad de poder castigar de alguna forma a la empresa que hizo trampa. Para el caso de los carteles y acuerdos colusivos, el riesgo de cárcel tiene un efecto disuasivo importante, por lo que debiera restaurarse como pena adicional a las multas[1].

Para los dueños de las empresas tiene un impacto social mayor el hecho de ser condenados por una sanción penal que podría traducirse

[1] AGOSTINI, Claudio. *Institucionalidad e incentivos para la libre competencia.* En Foco, Expansiva, 2007.

en el cumplimiento de una pena efectiva en la cárcel, que el simple pago de la multa.

La existencia de castigos como cárcel, multas y el pago de daños por parte de los responsables a sus víctimas pueden jugar un rol importante, sobretodo en aquellos casos en que el infractor, a consecuencia de una conducta ilícita, ve aumentado su patrimonio en millones de pesos.

A este respecto, también debemos tener en consideración las nuevas atribuciones que se le otorgan a la Fiscalía Nacional Económica en el proyecto de ley que modifica el DL Nº 211, Boletín 4234, en tercer trámite constitucional en la Cámara. En dicha iniciativa se le conceden a la Fiscalía mayores atribuciones, con los debidos resguardos, en pos de realizar una mejor y más completa investigación de conductas o hechos que puedan configurar una infracción a la libre competencia. Así, el proyecto que proponemos es un complemento a dicha iniciativa, las que en último término buscan alcanzar el mismo objetivo: reforzar la legislación en defensa de la libre competencia.

Además del restablecimiento de la sanción penal en el caso de la colusión, proponemos establecer la misma solución con que el derecho penal resolvió aquellas situaciones en las que los delitos de abusos contra menores eran realizados por una red internacional de pedrastras (solución descrita en el artículo 374 ter, del Código Penal). Esto es, que en el caso que dicha conducta se realice entre empresas de distintos países, a través de un sistema de telecomunicaciones, cuando para cometer el delito se tenga acceso desde el territorio nacional, se entenderá cometido el delito en Chile.

Igual finalidad tiene incluir el delito de colusión dentro del artículo 6º del Código Orgánico de Tribunales, referido a casos de extraterritorialidad de la ley.

PROYECTO DE LEY

"Artículo Primero.- Modifícase el DFL Nº 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL Nº 211, de 1973, de la siguiente forma:

1) Agrégase a continuación del artículo 3°, el siguiente artículo 3º bis nuevo:

“Artículo 3° bis: El que realice cualquiera de las conductas descritas en la letra a) del artículo 3°, será castigado con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados.

En el caso de que dichas conductas se cometan a través de un sistema de telecomunicaciones al que se tenga acceso desde el territorio nacional, se entenderán cometidas en Chile.”.

2) Intercálase en el artículo 20º, el siguiente nuevo inciso tercero, pasando los actuales incisos tercero, cuarto, quinto y sexto, a ser, cuarto, quinto, sexto y séptimo, respectivamente:

“En el caso que los hechos en que se fundamenta la demanda o el requerimiento sean constitutivos del delito señalado en el artículo 3º bis, el tribunal deberá enviar de inmediato los antecedentes al Ministerio Público”.

Artículo Segundo.- Agrégase en el artículo 6º del Código Orgánico de Tribunales, el siguiente numeral 11º nuevo:

“11º Los sancionados en el artículo 3º bis del DFL Nº 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL Nº 211, de 1973, cuando atente contra la libre competencia en el mercado chileno.”.