Modifica diversos cuerpos legales en materia de delitos contra la libre competencia

Boletín N°9934-03

1. Antecedentes:

La institucionalidad en Chile en materia de defensa de la competencia en encuentra en el Decreto Ley 211 de 1973, al que posteriormente se introdujeron algunos ajustes con las reformas que dieron origen a la ley Nº 19.610, que fortalece las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica; la ley Nº 19.911 que crea el Tribunal de Defensa de la libre Competencia y la ley Nº 20.361, que apunta a entregar más herramientas a los organismos de defensa de la competencia.

La defensa de la competencia se refiere a la actividad directa de la Fiscalía Nacional Económoca contra prácticas de colusión entre empresas y abusos de posición monopólica, y el análisis de concentraciones empresariales que afecten o puedan afectar el funcionamiento eficiente de los mercados y el bienestar del consumidor.

Han sido varios los casos públicos de colusión que han hecho que la ciudadanía y las autoridades tomen conciencia de la importancia de contar con un sistema que proteja la libre competencia, y a la vez ha sido posible advertir una serie de falencias en la legislación vigente, dentro de las cuales se encuentran la falta disuasiva que poseen las actuales sanciones contempladas en la ley, la ausencia de una figura penal especial que contemple la colusión, y la falta de proporcionalidad de las multas con el beneficio obtenido. A lo anterior, se suma la imposibilidad que tienen los consumidores de reclamar una indemnización de perjuicios a través de un procedimiento especial, lo cual les impide obtener en forma expedita una indemnización por el daño sufrido.

Según el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la colusión es entendida como un acuerdo respecto de la cantidad a producir, con miras a alcanzar determinados precios o rangos de precios, restringiendo o suprimiendo la competencia entre sus partícipes.

La Fiscalía Nacional Económica ha señalado que 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 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, se afecta al 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.

La llamada "colusión" para fijar precios ha sido objeto de amplio debate y muchas propuestas legislativas han sido presentadas en el congreso, sin embargo, ninguna ha llegado a buen término.

2. Considerando:

2.1 La necesidad de una figura penal especial:

En nuestro ordenamiento jurídico, las conductas atentatorias de la libre competencia se tipificaron como tales, por primera vez con la ley Nº 13.305 de 1959, donde se castigaba con penas de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa todo acto que tendiera a impedir la libre competencia dentro del país.

Sin embargo, en el año 2003 la ley Nº 19.911 eliminó el carácter penal de las conductas consistentes en impedir, restringir o entorpecer la libre competencia mediante acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra.[1]

A su vez, hay quienes han pretendido aplicar la figura del artículo 285 del Código Penal a la figura de la colusión, sin embargo, esta norma no contempla como modalidad típica la "coligación" o acuerdo de precios, expreso o tácito, el que estima lícito. Para la existencia de un delito, en la forma prescrita por este artículo, se exige el despliegue de medios fraudulentos para inducir a engaño o error alguno de los contratantes en la libre concurrencia de mercaderías. [2]

Dentro de las principales críticas de los detractores a la penalización de la libre competencia es que 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 lo que está prohibido por el legislador y 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

[1] Matus, Jean Pierre, "Acerca de la actual falta de punibilidad en Chile de los acuerdos de precios", http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A3.pdf.
[2] Idem.

contra de la libre competencia.

También, se planteó, que pocas veces se dio paso a la acción penal, lo que en ningún caso constituye un argumento sólido para que no se contemple el tipo en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, pese a todo lo anterior, la experiencia ha demostrado que las conductas antimonopólicas muchas veces resultan ser altamente lucrativas, por lo que el costo de delinquir no es disuasivo para los infractores, ya que las ganancias pueden superar ostensiblemente los montos de las eventuales multas que se les podrían aplicar.

En el caso de la colusión, el riesgo de cárcel tiene un efecto disuasivo importante, por lo que debiera restaurarse como pena adicional a las multas, ya que para los empresarios tiene un impacto social mayor el hecho de ser condenados por una sanción penal que podría traducirse 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 disuasivo importante, sobretodo en aquellos casos en que el infractor, a consecuencia de una conducta ilícita, aumenta su patrimonio en millones de pesos.

2.2 La ausencia disuasoria de las sanciones contempladas en la legislación vigente.

A lo señalado en el punto anterior, hay que agregar que nuestra actual legislación contempla como sanción una multa a beneficio fiscal máxima de treinta mil unidades tributarias anuales en el caso de los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.
Los hechos han demostrado que estas multas son absolutamente insuficientes, atendido el beneficio obtenido por quienes incurrieron en las conductas colusivas, por tanto es perfectible y se debe fortalecer el sistema de multas, sin topes y que se base en un porcentaje del beneficio económico obtenido por quienes incurrieron en la conducta, junto con establecer importantes inhabilidades a las personas que operan el sistema.

A esto, se suma que en agosto del año 2012 se entregaron las conclusiones de una Comisión Asesora Presidencial para la defensa de la libre competencia, donde se planteo que había un espacio para perfeccionar las sanciones a aquellas personas naturales y/o jurídicas que participen de la ejecución o elaboración de actos anticompetitivos, y se recomendó establecer inhabilidades a cargos de representación pública incluyendo la participación en directorios de sociedades anónimas abiertas de aquellas personas involucradas en la elaboración y/o puesta en práctica de una colusión. Además, se recomendó que el TDLC adopte una política de multas basada en un

porcentaje de las ventas materializada por los partícipes del ilícito.

2. 3 La dificultad de los consumidores para resarcir el perjuicio sufrido a raíz de los actos de colusión.

En el marco de las actividades económicas del mercado, los agentes económicos pueden afectar a los individuos como consumidores, pero no en sentido individual, sino colectivo, pues lo que esta en juego es su derecho a gozar los beneficios obtenidos de la lucha competitiva libre y leal o por las regulaciones establecidas por el Estado en su favor.

Sin embargo, en la práctica, los consumidores se encuentran muy desprotegidos, por tanto es necesario potenciar el servicio público que vela por el respeto y protección de los derechos de los consumidores, es decir el SERNAC, a fin de que pueda reclamar en forma colectiva, por sentencias dictadas por el tribunal de la libre competencia, ya que el procedimiento colectivo sólo procede cuando hay infracciones específicas a la Ley de Protección al Consumidor.

POR TANTO y en consideración a todo lo señalado precedentemente, los diputados que suscribimos venimos en presentar el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo Primero: Para modificar del Decreto Ley 211 de 1973, refundido en el DFL 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de la siguiente manera:

Artículo 1: Para agregar la siguiente frase final al inciso primero del artículo 3:

" , y sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que correspondan".

Artículo 2: Para agregar el siguiente inciso segundo y tercero nuevo al artículo tercero, pasando el inciso segundo a ser cuarto y así sucesivamente:

"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 medio 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."

Artículo 3: Para sustituir en la letra c) del artículo 26 la *frase "* 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 treinta mil unidades tributarias anuales.", por:

" Hasta por una suma equivalente al doble del beneficio efectivamente obtenido por el infractor producto de la afectación a la libre competencia, y en caso de reincidencia se elevará al triple. Todo esto, sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que correspondan."

Artículo 4: Para agregar el siguiente inciso final al artículo 26:

"*Esta sentencia definitiva deberá notificarse al Ministerio Público a fin de que se persigan las responsabilidades penales que de ella se pudieran desprender"*

Artículo 5: Para agregar una nueva letra d) al artículo 26.

" Inhabilitar para optar a cargos públicos, sean de elección popular o no, y para participar en directorios de sociedades anónimas abiertas o ejercer como director o ejecutivo en empresas y/o sociedades del Estado por un término de hasta cinco años, a las personas naturales y/o jurídicas que participen de la ejecución o elaboración de actos anticompetitivos."

Artículo 6: Para agregar en el artículo 30 un inciso tercero que señale:

" Cuando la infracción a la presente ley, afecte el interés difuso o colectivo de los consumidores según lo establecido en la ley 19.946, los legitimados activos podrán reclamar la indemnización de perjuicios mediante el procedimiento especial establecido en su párrafo 2 del título VI."

Artículo Segundo: Para modificar el Código Penal de la siguiente manera:

Artículo 1: Incorpórese en el título VI, párrafo 7º el siguiente artículo 286 bis:

"El que ordene, celebre o ejecute acuerdos expresos o tácitos, mediante los cuales se fijen precios de venta o de compra, se limite su producción, se asignen cuotas de mercado o zonas de desarrollo de la actividad, o se impida el ingreso de nuevos agentes, de tal manera que con dichos acuerdos o prácticas se impida la libre competencia, será penado con presidio o reclusión menor en su grado medio a máximo y una multa fiscal de hasta 1000 unidades tributarias mensuales."

Artículo Tercero: Para modificar la Ley 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, de la siguiente manera:

Agregar, en el inciso primero del artículo 51, entre la palabra "consumidores" y el punto seguido que le sucede la expresión: ", *sea por infracción a las normas de esta* ley o del *D.F.L. 1 de 2005,*

del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. 211 de 1973".

Andrea Molina O
Diputada de la República