PROYECTO DE LEY QUE AUMENTA LAS SANCIONES PECUNIARIAS A QUIENES INCURRAN EN EL ILÍCITO CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 285 DEL CÓDIGO PENAL

BOLETÍN N° 9619-03

El presente proyecto de ley tiene por objeto aumentar las penas pecuniarias a quienes vulneren el ilícito penal contemplado en el artículo 285 del Código Penal chileno.

En efecto, dicho artículo señala que “los que por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualesquiera otras cosas que fueren objeto de contratación, sufrirán las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”.

Por su parte, el artículo 286 del mismo cuerpo legal, continúa señalando que “cuando el fraude expresado en el artículo anterior recayere sobre mantenimientos u otros objetos de primera necesidad, además de las penas que en él se señalan, se impondrá la de comiso de los géneros que fueren objeto del fraude”.

Dado los bienes jurídicos tutelados en estos artículos, ambos incorporados dentro del título sobre “crímenes y simples delitos relativos a la industria, al comercio y a las subastas públicas”, creemos que las multas resultan actualmente irrisorias, llegando a un máximum de poco más de cuatrocientos mil pesos ($400.000.-), que en comparación al daño pecuniario efectivo que se puede ocasionar, distan enormemente el respetar el principio de proporcionalidad de las penas.

En este sentido, el presente proyecto aboga no sólo por mantener estas normas, que atentan contra la libre competencia, sino que además aumentar las penas pecuniarias que en ellas se establecen.

Ello responde, como veremos, a la necesidad de mantener sanciones penales contra atentados a la libre competencia, lo cual en la actualidad no es protegido ni amparado por la normativa de libre competencia contenida fundamentalmente en el Decreto Ley 211 y sus modificaciones.

Haciendo una breve referencia histórica al tratamiento dado a las sanciones en materia de Libre Competencia en Chile, debemos recordar que Libre Competencia 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. Esta norma además derogó las sanciones penales o privativas de libertad respecto de los atentados más graves contra la libre competencia. Sobre ello volveremos más adelante.

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 Competencia.

Finalmente la Ley 20.361 de 13 de Julio de 2009, modifica el Decreto con Fuerza de Ley Nº1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Así, y como se señaló anteriormente, la actual normativa antimonopólica no contempla normas penales para sancionar los atentados más graves a la libre competencia, quedando solamente vigentes las normas que aquí buscamos proteger, esto es, los artículos 285 a 287 del Código Penal.

En este sentido, en una reciente entrevista al Fiscal Nacional, Sr. Sabas Chahuán, en relación al proyecto de ley que podría terminar con las atribuciones de que dispone la Fiscalía para tramitar causas por delitos que afectan la libre competencia (artículo 285 y 286 del Código Penal), señaló que, "no es posible prescindir de esa herramienta penal. Hay que modernizar el 285 (…) **pero sacarlo de lo penal no es bueno, porque atentados a la libre competencia puede entroncarse con casos de corrupción**". Chahuán añadió que "la gente se siente violentada cuando los que tienen más poder quedan impunes y los de menos recursos son reprimidos por el sistema penal"[1].

Por otro lado, y según un estudio de Libertad y Desarrollo[2], y en relación a la necesidad de perfeccionar y aumentar las sanciones contra atentados a la libre competencia, se señala que en Chile las sanciones que establece el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) ante acciones atentatorias a la libre competencia corresponden esencialmente a multas y otras medidas administrativas. No de carácter penal.

La Comisión[3] consideró necesario perfeccionar el régimen de sanciones de las "personas jurídicas" involucradas en la elaboración o concreción de actos atentatorios contra la libre competencia y también respecto de las "personas naturales" que estén vinculadas con esas personas jurídicas y que hayan participado en el ilícito. En este contexto, propuso que se sancionara a las "personas naturales" con inhabilidades temporales (por hasta un máximo de 5 años) para desempeñar ciertos

[1] Sala de Prensa, Noticias Fiscalía Nacional, 22 de Agosto de 2012. Disponible en www.fiscaliadechile.cl
[2] Libertad y Desarrollo, Propuestas de la Comisión Asesora para la Libre Competencia, N° 1.072, ISSN 0717-1528, de 27 de Julio de 2012.
[3] Se refiere a las Propuestas de la Comisión Asesora para la Libre Competencia.

cargos, lo que comprendería cargos de directores en sociedades anónimas abiertas, empresas públicas y sociedades estatales, cargos directivos en servicios y reparticiones públicas, asociaciones gremiales y colegios de profesionales, y especialmente también cargos ejecutivos con poder de decisión en sociedades anónimas abiertas.

Respecto de las “personas jurídicas”, la Comisión recomendó establecer multas definidas de acuerdo a una estimación de los beneficios obtenidos como consecuencia de las prácticas lesivas a la competencia. Esto representa una regla más simple de aplicar que intentar determinar el daño causado, razón por la cual el informe sugiere utilizar, en la fijación de multas, un porcentaje de las ventas de la empresa durante el ilícito más un factor “disuasivo”.

Vincular el valor de la multa al nivel de ventas que obtiene la compañía que infringe la ley de competencia resulta razonable, pues la empresa recibe una multa consistente con los beneficios obtenidos a través de su práctica anticompetitiva. Tanto esta propuesta como la de aplicar inhabilidades a las “personas naturales”, no sólo resultan convenientes desde el punto de vista disuasivo, sino que además son coherentes con la regulación que existe en otros países.

Respecto a la normativa que aquí se pretende modificar, la Comisión trató también en su informe la conveniencia o no de establecer sanciones penales a los atentados a la competencia.

En su análisis destacó un aspecto relevante: si bien la reforma de 2003 eliminó este tipo de sanciones de la ley de libre competencia -dada su falta de aplicación, **los mecanismos que hoy ofrece el Código Penal en sus artículos 285, 286 y 287 hacen que las sanciones penales estén de facto presentes en la legislación chilena**. En particular, estos artículos establecen, en términos generales, que quienes por medios fraudulentos alteren los “precios naturales” del trabajo, bienes o activos sufrirán penas de reclusión.

Es decir, la legislación chilena contempla en la práctica sanciones penales aplicables a conductas anticompetitivas, aun cuando quien lo aplica -un Tribunal Penal a petición el Ministerio Público- está fuera del ámbito de los organismos de defensa de la competencia.

Sin embargo, y equivocadamente, a nuestro juicio, la Comisión llega a la conclusión de que se debieran derogar dichas normas del Código Penal,

en razón de fortalecer la figura de la Delación Compensada y en general, el actual sistema de defensa a la libre competencia.

Ahora bien, y tal como señala el estudio ya mencionado, existen distintas interpretaciones frente a lo anterior. En particular, los artículos del Código Penal datan de fechas anteriores a la Ley Nº 211 y sus posteriores modificaciones. En consecuencia, hay quienes argumentan que una vez eliminadas las sanciones penales de la ley de competencia debiera darse por abolida también la aplicación de los artículos correspondientes del Código Penal respecto de este tipo de ilícitos.

Ello, técnico-jurídicamente es inexacto e incorrecto. Tal como lo demuestra el profesor Hernández Basualto[4], quien señala que "podría argüirse que las leyes especiales derogaron tácitamente, al menos de un modo parcial, el art. 285, pero con ello se pasaría por alto que los efectos de tales "derogaciones" son provisorios y están supeditados a la vigencia de la norma posterior incompatible con la anterior, de modo que si decae la vigencia de la norma posterior, la anterior no derogada expresamente es la que rige el caso.

Lo contrario implicaría, por ejemplo, que luego de haberse introducido en el Código penal la figura de "femicidio", que naturalmente ha desplazado a los delitos de parricidio y homicidio, esto es, que los ha "derogado" tácita y parcialmente, si en el futuro se derogara la figura, habría que empezar a considerar atípicos los asesinatos de mujeres hoy constitutivos de femicidio.

O, en el ejemplo real propuesto por Bascuñán Rodríguez, implicaría sostener que desde el 4 de junio de 2001 son atípicas en Chile las injurias y calumnias cometidas a través de un medio de comunicación social, toda vez que ese día entró en vigencia la Ley Nº 19.733, que derogó expresamente la Ley Nº 16.643 sobre abusos de publicidad, la que a su vez, casi cuarenta años antes, había "derogado" tácita y parcialmente las disposiciones pertinentes del Código penal.

Por lo mismo no puede extrañar que en la literatura especializada nadie haya sugerido siquiera, ni aun bajo la vigencia de las disposiciones penales de las leyes especiales antimonopolios, que el art. 285 hubiera perdido su vigencia, ni que ahora, derogadas dichas disposiciones, se

[4] Hernández Basualto, Héctor (2012): La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno. Revista de Política Criminal, Vol. 7, N° 13 (Julio 2012), Art. 4, pp. 147 - 167. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A4.pdf]

recuerde precisamente que en el Código penal subsisten normas sobre prácticas contrarias a la libre competencia.

Así, dado el estricto principio de legalidad en materia penal, resulta difícil de sostener y por consiguiente es probable que los artículos 285 a 287 del Código Penal **se encuentren no solo formalmente vigentes sino también aplicables si el Ministerio Público decidiera formalizar por cualquiera de esos delitos**.

De esta forma, y tal como sucedió con el Tribunal Penal en el llamado caso “Farmacias”, donde la Fiscalía Centro Norte imputa a ejecutivos de farmacias y laboratorios precisamente el delito de alteración fraudulenta de precios descrito en los artículos 285 y 286 del Código Penal, lo que podría terminar en una pena de reclusión de 61 días a 3 años para los imputados (sin considerar circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que pudieran configurarse).

Continuando con nuestro análisis, donde no hubo coincidencia entre los miembros de la Comisión fue en la conveniencia de incorporar explícitamente sanciones penales para las acciones atentatorias a la libre competencia.

Por un lado, quienes apoyan su incorporación -circunscrita, eso sí, a actos de colusión solamente- argumentan que constituye un disuasivo más eficaz que la simple aplicación de multas e inhabilidades, lo que permitiría además potenciar el mecanismo de la delación compensada.

Por el contrario, quienes rechazan la incorporación explícita de sanciones penales apuntan a la reciente adopción de un marco institucional que elevó las multas y fortaleció la labor de la Fiscalía Nacional Económica (FNE), cambios que estarían en proceso de consolidación y funcionando, hasta donde hay información, de manera adecuada.

La disyuntiva entre imponer o no sanciones penales para las prácticas anticompetitivas es atendible pues no hay una receta única en el mundo. EE.UU., por ejemplo, las ha incorporado en su legislación, mientras que la Unión Europea ha prescindido de ellas.

A nuestro juicio, y de acuerdo a las últimas modificaciones realizadas al Decreto Ley 2011, y en especial la Ley 19.911 que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, es claro que se han derogado del sistema de libre competencia las sanciones penales, precisamente por

una falta de aplicación de las mismas. Sin embargo, ello se hizo con anterioridad a una serie de hechos que, relacionados con el crecimiento del mercado, han llevado a un explosivo aumento de conductas que atentan contra la Libre Competencia, y por ende a la necesidad de replantearse la conveniencia de mantener figuras penales.

Así, y 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. Ergo, resulta ilógico pensar que la no aplicación de las normas sea meramente por su poca idoneidad o precisión jurídica, como se ha señalado por algunos críticos a la penalización de las conductas anticompetitivas.

Dado lo señalado, se hace imprescindible mantener y aumentar las sanciones penales ante atentados contra la libre competencia. La experiencia ha demostrado que las conductas monopólicas 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.

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 estas normas del Código Penal (art. 285 y ss.), que en este proyecto pretendemos recobrar y actualizar, 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.

En la actualidad TDLC dijo que declaró que Agrosuper, Empresas Ariztía Ariztía y Agrícola Don Pollo, por intermedio de la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G. (APA), **"se coludieron acordando limitar la producción de carne de pollo ofrecida al mercado nacional y asignándose cuotas en el mercado de producción y comercialización de dicho producto"**. La sentencia condenó a **Agrosuper** y **Ariztía** al pago de la multa máxima establecida por la ley, esto es 30.000 Unidades Tributarias Anuales, en tanto que a Don Pollo le

aplicó una multa de 12.000 Unidades Tributarias Anuales, que equivalen a cerca de **US$ 25 millones** y **US$ 10 millones**, respectivamente.

Se trata de una cifra que suma **US$ 60 millones**, superando la multa por US$ 40 millones que la Corte Suprema ratificó en contra de **SalcoBrand** (US$ 20 millones) y **Cruz Verde** (US$ 20 millones) por el caso de la colusión de las farmacias.

Asimismo, ordenó **la disolución de la Asociación de Productores Avícolas de Chile** que actuaba como coordinadora del cartel. Finalmente, impuso solo a Agrosuper la obligación de consultar previamente cualquier operación de concentración en este mercado en la que participen.

La sentencia estableció la existencia del acuerdo ilícito mediante correos electrónicos y otra evidencia de coordinación entre las empresas avícolas requeridas incautada por la FNE. El acuerdo entre las avícolas requeridas, que concentran sobre el 80% de la oferta de carne de pollo a nivel nacional, **consistió en proyectar la demanda futura de pollo, asignar cuotas de producción.** El Tribunal señaló que existe abundante evidencia de que las avícolas requeridas, mediante las proyecciones de demanda elaboradas en conjunto con la APA, perseguían al rango en el que pretendían que fluctuaran los precios de la carne de pollo, a través de la definición coordinada de un determinado nivel de producción. Este último ejercicio constituyó una colusión, 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. Durante cada año, el acuerdo fue controlado o ajustado mediante sugerencias de carga, matanza de crías u otras políticas o mecanismos coordinado

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, lo cual ya se está comenzando a rediscutir, se aumenten las multas consagradas

actualmente en la legislación penal, incluso en casos en que se haya dado aplicación a la figura de la Delación Compensada.

En este sentido, la revelación de informaciones –que busca el mecanismo citado- 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 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*.

Más, 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.

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), tal y como se contempla hasta ahora.

Derogar o desconocer validez jurídica a las normas de los artículos 285 y siguientes del Código Penal, implica desconocer que responden a una naturaleza jurídica distinta –como una especie de único bastión penal vigente–, la cual, como bien jurídico a cautelar, no es actualmente protegida por la normativa antimonopólica, y debe ser resguardada por el legislador, y recogida en el Código Penal.

Principios generales, que amparan un sistema normativo penal, 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, teniendo presente la naturaleza penal de muchas de sus normas.

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[5].

Es por ello que, al mantener y aumentar las sanciones contenidas en el artículo 285, permitirá que un tribunal con competencia para ello –Juzgados de Garantía y Tribunal Oral en lo Penal-, sancione penalmente las conductas antimonopólicas, sin perjuicio de las sanciones administrativas que puede o no aplicar el TDLC.

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

Dados los argumentos señalados en aras de preservar las normas penales y darle vigencia a las mismas, presentamos el siguiente proyecto de ley:

PROYECTO DE LEY

Articulo 285.- “los que por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualesquiera otras cosas que fueren objeto de contratación, sufrirán las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”.

Modifíquese el artículo 285 del Código Penal, reemplazando la frase “multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.” por la de “multa de diez mil hasta treinta mil unidades tributarias anuales.”

Gustavo Hasbún Selume
Diputado de la República