Modifica el Código Penal para tipificar como delito la colusión y extiende la responsabilidad penal a la persona jurídica

Boletín N°10377-07

La defensa de la libre competencia es un elemento esencial para el desarrollo económico de Chile, ya que garantiza que las empresas ofrezcan bienes y servicios de mejor calidad y al menor precio posible, en beneficio de los consumidores.

La Ley N° 13.305, de 1959, fue el primer texto legal que consagró un conjunto de normas destinadas a regular la defensa de la libre competencia.

Posteriormente, el Decreto Ley Nº 211, de 1973, estableció las bases del estatuto jurídico de defensa de la libre competencia, vigente hasta hoy, siendo el punto de partida de una institucionalidad que ha logrado consolidarse como una instancia regulatoria ampliamente respetada.

Cabe recordar que este sistema de defensa de la libre competencia contemplaba tres órganos: la Fiscalía Nacional Económica, como órgano encargado de realizar las investigaciones y actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, las denominadas "Comisiones Preventivas" como órganos consultivos para los agentes económicos, sobre todo en la primera etapa de su vigencia, cuando el desconocimiento del tema era la regla general; y la denominada "Comisión Resolutiva", que tenía características de órgano jurisdiccional. Ambos órganos estaban conformados por representantes de los poderes públicos, universidades y organizaciones sociales que ejercían sus funciones "ad honorem".

Tanto la Ley N° 13.305 como el Decreto Ley N° 211 contemplaron la sanción de presidio menor en cualquiera de sus grados (61 días a 5 años) respecto de quienes atentaran en contra de la libre competencia.

Sin embargo, los profundos cambios que la estructura económica del país ha experimentado en las últimas décadas, junto con la aparición de nuevas formas de organización empresariales, modificaron sustancialmente el escenario en el cual le correspondía funcionar a la institucionalidad de defensa de la libre competencia.

Con el objeto de perfeccionar la legislación protectora de la libre competencia, se dictó la Ley N° 19.610, de 1999, que le otorgó mayores atribuciones a la Fiscalía Nacional Económica.

Posteriormente, se dictó la Ley N° 19.911, de 2003, que tuvo por objeto reemplazar las Comisiones Preventivas y la Comisión Resolutiva por un tribunal debidamente constituido, denominado Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sujeto a la superintendencia correctiva, direccional y económica de la Corte Suprema, que asumiría las funciones consultivas y resolutivas de dichas comisiones, destinado, por tanto, a analizar y decidir los posibles atentados a la libre competencia, y que estaría conformado por personas elegidas por concurso público, remuneradas y con dedicación significativa a la labor del tribunal.

La Ley N° 19.911, además, dispuso la eliminación de la sanción penal para las conductas atentatorias a la libre competencia.

En este sentido, la razón del ejecutivo de la época para eliminar el ilícito penal radicó en su decisión de mantener una definición amplia de las conductas

atentatorias de la libre competencia con ejemplos básicos, de manera que el Tribunal de Libre Competencia pudiera decidir, de acuerdo al caso concreto, qué conducta constituía un atentado a la libre competencia.

Este enfoque, según el ejecutivo de la época, resultaba incompatible con el principio de legalidad, según el cual, 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, por lo que mantener dicho tipo penal implicaba vulnerar la garantía constitucional establecida en el inciso final del número 3 del artículo 19 de nuestra Constitución.

Por otra parte, el ejecutivo de la época también aludió a que desde que se había establecido la figura penal, prácticamente no hubo condena alguna, estimándose además que tampoco había logrado disuadir las conductas contra la libre competencia.

Finalmente, como contrapartida a la eliminación de la figura penal, se aumentaron las multas y se hizo responsable solidariamente de su pago a los directores, gerentes o administradores de las empresas que incurrieren en ellas.

Posteriormente, se dictó de la Ley N° 20.361, de 2009, que incorporó a nuestra legislación nuevas herramientas destinadas al combate de la colusión: la delación compensada, el alza en el tope máximo de las multas hasta un monto de 30.000 unidades tributarias anuales (UTA) y, en especial, las nuevas facultades de investigación que dicha ley le confirió a la Fiscalía Nacional Económica, que han permitido detectar graves conductas colusivas en ciertos grupos económicos.

No obstante la evolución experimentada por nuestra institucionalidad, los graves y reiterados casos de colusión que han indignado a la opinión pública en el último tiempo, dan cuenta que Chile requiere seguir perfeccionando el sistema de libre competencia, a fin de prevenir y sancionar adecuadamente las prácticas anticompetitivas.

En este sentido, en marzo de 2015, la Presidenta de la República Michelle Bachelet presentó al Congreso Nacional, un proyecto de ley que busca perfeccionar el sistema de libre competencia (boletín 9950-03) y que se encuentra en tramitación en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados.

Dicho proyecto propone el aumento del monto máximo de las multas, la prohibición de contratar a cualquier título con Órganos de la Administración del Estado, el fortalecimiento de la delación compensada, la eliminación de la exigencia de que la práctica concertada confiera poder de mercado para ser sancionada y la criminalización de la colusión.

La proposición del ejecutivo -que recoge numerosas mociones parlamentarias en el mismo sentido- consiste es establecer un tipo penal específico para la colusión, entendida como *la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas, ya sea para fijar precios, limitar la producción o provisión de bienes o servicios, asignar zonas o cuotas o afectar el resultado de licitaciones convocadas por órganos o empresas públicas*, armonizando de esta manera la necesidad de sancionar penalmente dicha conducta con el principio de legalidad del Derecho Penal.

Al respecto, los diputados firmantes, atendido que dentro de las prácticas atentatorias, la colusión es la conducta que produce los efectos más graves en contra de la libre competencia y los consumidores, ya que, además de generar un daño económico incalculable a las personas, socava la confianza de la ciudadanía en el sistema económico y

sus agentes, y que es necesario una mayor drasticidad, de manera de disuadir a los eventuales transgresores, proponen establecer un nuevo artículo 286 Bis del Código Penal que comprenda los siguientes objetivos:

1.- Tipificar como delito la colusión, en los mismos términos que el proyecto presentado por el ejecutivo, pero distinguiendo entre las personas naturales y jurídicas.

2.- Aumentar la extensión de la pena propuesta en el proyecto del ejecutivo, de reclusión mayor en su grado mínimo (5 años y un día a 10 años) a la de reclusión mayor en su grado mínimo a medio (5 años y un día a 15 años), para las personas naturales involucradas.

3.- Extender la responsabilidad penal a la empresa como persona jurídica, siempre que el delito de colusión fuere cometido directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

4.- Establecer las sanciones penales que pueden aplicarse a las personas jurídicas: a) Modificación o término de los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos relacionados con el acto de colusión; b) Modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior; c) Multas; d) Prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la Administración del Estado hasta por el plazo de 5 años contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada; y e) Compensación para los consumidores afectados, de acuerdo al perjuicio causado por el acto de colusión, cuyo monto y forma de pago serán fijados por el juez prudencialmente.

Cabe hacer presente que respecto de las multas, se proponen montos más elevados que los que establece el ejecutivo en su proyecto.

Por lo anteriormente expuesto, venimos en proponer el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo Primero. Agréguese el siguiente artículo 286 Bis, nuevo:

"Art. 286 Bis.- Serán castigadas con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio las personas naturales que celebren, implementen, ejecuten u organicen acuerdos, convenciones, contratos o convenios que involucren a dos o más competidores entre sí, persiguiendo cualquiera de los propósitos siguientes:

1°. Fijar el precio al que sean ofrecidos o demandados bienes o servicios en uno o más mercados.

2°. Limitar la producción o provisión de bienes o servicios.

3°. Dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de un mercado de bienes o servicios.

4°. Afectar el resultado de licitaciones públicas o privadas convocadas por órganos de la administración del Estado, por empresas públicas creadas por ley, por empresas en las que el

Estado tenga participación o en las que el Estado haya aportado subvenciones o fondos públicos destinados a la adquisición del objeto de la licitación.

La pena establecida en el inciso anterior llevará siempre consigo la pena de inhabilitación absoluta para desempeñar cargos u oficios públicos, cargos de director o gerente en empresas del Estado, cargos de director o gerente en sociedades anónimas abiertas, así como cualquier cargo directivo en asociaciones o colegios profesionales, por un plazo de cinco años contados desde que la sentencia definitiva quedare ejecutoriada.

Las personas jurídicas serán castigadas por este delito, siempre que fuere cometido directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

Podrán aplicarse a las personas jurídicas todas o algunas de las penas siguientes:

a) Modificación o término de los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos relacionados con el acto de colusión.
b) Modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior;
c) Aplicación de multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente al triple del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción, si es que éste puede ser claramente determinado por el Tribunal, o, en caso contrario, al 50% de las ventas del infractor correspondientes al período durante el cual la infracción se haya prolongado. Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación.
d) Prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la Administración del Estado hasta por el plazo de 5 años contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada;
e) Compensación para los consumidores afectados, de acuerdo al perjuicio causado por el acto de colusión, cuyo monto y forma de pago serán fijados por el juez prudencialmente.

Para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas involucradas, serán aplicables las disposiciones de la Ley N° 20.393, en lo que no sea contrario a este artículo.

RODRIGO GONZALEZ TORRES
Diputado