

Colusión : ¿Sanción Penal?

Luego de las recientes modificaciones al DL 211, aprobadas por el Congreso en abril, y en medio de la discusión generada en torno al supuesto caso de colusión de farmacias, se ha planteado la posibilidad de volver a instaurar sanciones penales para prevenir y castigar dichas conductas. Esta discusión habrá que plantearla, y entenderla, bajo el contexto de las nuevas modificaciones realizadas en la legislación antimonopólica, que incluye una nueva definición de colusión, nuevas atribuciones del Fiscal Nacional Económico y un nuevo sistema de nombramiento y remoción del mismo, para así poder determinar el alcance y consecuencias que volver a un sistema penal podría implicar.

Un poco de historia

El 20 de mayo de 2002 –bajo el gobierno de Ricardo Lagos– ingresó el proyecto de ley que poco tiempo más tarde consagraría al Tribunal de la Libre Competencia, eliminándose así las antiguas Comisiones Preventivas y Resolutivas encargadas de velar por la libre competencia en nuestro país. Si bien este era el objetivo principal de la norma, la publicación de la ley 19.911 en 2003, contemplaba también la derogación de las sanciones penales y su reemplazo por una elevación de las multas pecuniarias existentes.

Existió amplio consenso dentro de la discusión parlamentaria respecto de la necesidad de abolir las sanciones penales del sistema de defensa de la libre competencia, basa-

do, entre otros antecedentes, en la nula aplicación que habían tenido las sanciones penales en el tiempo en que estuvieron vigentes, haciendo patente su baja efectividad a la hora de prevenir atentados a la libre competencia.

El primitivo artículo 1º del DL 211, que establece las normas para la defensa de la libre competencia, señalaba 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”*, agregando en su inciso segundo que *“cuando el delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicina o salud, la pena se aumentará en un grado”*.

Así, quienes cometieran cualquiera de dichos actos corrían el riesgo de estar en prisión por un tiempo de entre 61 días y 5 años o hasta 10 años, para el caso que el delito incidiera en actividades esenciales. Asimismo, permitía a la Comisión Resolutiva, en su artículo 17º, *aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a diez mil unidades tributarias*, las que serían reguladas prudentemente por dicha Comisión, de acuerdo al *capital en giro o la capacidad económica del infractor y la gravedad de la infracción*.

No es adecuado sancionar infracciones económicas con las propiamente penales, sino que con sanciones de carácter también económico, que operan como forma de desincentivar las conductas. Además, hay que tener presente que muchas veces las situaciones son discutibles y poco claras, dado lo complejo de los escenarios comerciales.

¿Por qué el Ejecutivo de la época promovió un cambio en la norma?

Lo cierto es que en ese tiempo nunca se aplicaron las sanciones penales establecidas en dicho decreto y el funcionamiento del sistema hacía discrecional la persecución penal del delito, ya que en la práctica era la propia Comisión Resolutiva la que, dentro de sus atribuciones, ordenaba o no a la Fiscalía Nacional Económica el ejercicio de la acción penal derivada de los delitos contemplados en la legislación antimonopólica. Esto sucedía pues la ley no establecía criterios claros para distinguir cuando el organismo debía ejercer la acción penal, no existiendo objetividad que señalara cuando aplicar cada sanción. De esta manera, la Comisión Resolutiva se enfrentaba discrecionalmente a la disyuntiva de tomar la decisión, optando la mayoría de las veces por no acudir a la sede penal y aplicar las multas que la misma legislación le permitía.

Por otra parte, la aplicación práctica del tipo penal descrito por el DL 211 era tremendamente difícil e incluso de dudosa constitucionalidad.

La modernidad y la economía de mercado han traído grandes beneficios a la sociedad a una velocidad impensada en años anteriores. La libertad para contratar y emprender ha permitido que se desarrollen miles de nuevos mercados y negocios, que se multiplican minuto a minuto en todo el mundo, haciendo imposible que se pueda prever o determinar todas y cada unas de las conductas existentes en un mercado fluido y dinámico. Ello ha llevado a que las conductas atentatorias de la libre competencia puedan también revestir las más diversas formas y considerar circunstancias que no son ni predecibles ni descriptibles *a priori*, lo que exige que el injusto monopólico deba ser analizado y estudiado caso a caso, en su propio mérito, pues son muchas las va-

riables y disyuntivas que deben ser ponderadas para lograr afirmar la existencia de un atentado a la libre competencia. El contenido de conceptos típicos del análisis monopólico, como *poder de mercado* o bien *mercados relevantes*, deben ser sopesados sobre los antecedentes específicos de cada caso y no mediante consideraciones genéricas.

Esta concepción dinámica de los negocios y de la vida empresarial es incompatible con el requisito mínimo de toda legislación penal: certeza respecto de la conducta sancionada. ¿Es posible que se puedan definir en la ley todas y cada unas de las conductas posibles de generar un atentado a la libre competencia?

Lo cierto es que no, y tal vez por ello es que la descripción de las conductas sancionadas en el DL 211, no satisfacían plenamente estos requisitos. El artículo 1° del decreto en cuestión hacía una descripción general de la conducta sancionada –se refiere a *cualquier* hecho, acto o convención– atentando contra la certeza jurídica requerida. La doctrina penal ha hecho de los principios de tipicidad y de reserva legal un mínimo indispensable a la hora de establecer penas ante conductas indeseadas, y ambos principios han sido recogidos expresamente por nuestra Constitución Política en su artículo 19° N° 3 al señalar que *ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella*.

Para salvar esta situación, otras legislaciones han optado por limitar el tipo penal sólo a casos de colusión. Sin embargo, también frente a esta figura se plantean cuestionamientos respecto de la proporcionalidad del castigo y de la certeza en su aplicación, pues la misma conducta –un acuerdo colusivo– tiene alcances diversos que deben ser discutidos en su mérito, lo que hace altamente complejo sancionarlo sin infringir los principios anteriormente señalados.

Los criterios no pueden ser vagos y deben comprender la esencia de la acción, de manera tal que el tribunal penal pueda, dentro de su actividad jurisdiccional, determinar si la acción denunciada se corresponde o no con la conducta descrita en la ley. Los tipos penales deben describir con precisión las conductas sancionadas, asegurando que los sujetos receptores de la misma tengan certeza y seguridad respecto de aquella y de la sanción que lleva aparejada.

Por último, de aceptarse una sanción penal, habría que equiparar el estándar probatorio o de solidez de la prueba presentada al que tienen los delitos. Si ya en la actualidad la Corte Suprema ha dejado sin efecto una serie de sentencias condenatorias del Tribunal de la Libre Competencia por falta de prueba, esta cifra se acrecentaría aún más considerando que la sanción penal requiere de un nivel de prueba mayor que la de la multa.

Bien jurídico protegido

Es sabido que las sanciones penales están reservadas para la protección de bienes jurídicos relevantes, pero esto no quiere decir que todo bien jurídico relevante deba ser protegido mediante sanciones penales. En el caso de la libre competencia son distintos los bienes jurídicos que se entremezclan y es necesario distinguir para establecer que es lo que se pretende defender mediante cada medida. La sanción penal puede parecer excesiva y por tanto sería recomendable su protección por vías menos gravosas que las penas corporales.

En el texto primitivo del DL 211 no existía una referencia expresa al bien jurídico protegido por el cuerpo legal, situación que el proyecto presentado en el año 2002 intentaba clarificar al proponer, en su artículo 1º, que “la

presente ley tiene por objeto defender la libre competencia en los mercados, como medio para desarrollar y preservar el derecho a participar en las actividades económicas, promover la eficiencia y, por esta vía, el bienestar de los consumidores”.

Esta definición que hacía el proyecto de ley no era totalmente clara, pues mezcla diversos bienes jurídicos: la defensa de la competencia, la eficiencia y la protección de los consumidores. Y si bien estos bienes se encuentran relacionados, son independientes unos de otros, y cada uno tiene sus propias particularidades y características. Por esta razón, es que la Comisión de Economía del Senado decidió definir el texto del artículo 1º del DL 211, tal como está vigente hoy en día¹, limitándolo al bien jurídico “libre competencia”, sin mezclarlo con otros, y evitando posibles confusiones a futuro.

A su turno, la modificación al DL 211 presentada en el año 2002, incluía un intento por mejorar la descripción de conductas que se considerarían atentatorias a la libre competencia en el artículo 3º.² Sin embargo,

algunas de las conductas mencionadas en dicho artículo tampoco gozan de la precisión esperada y se prestan para equívocos. Por ejemplo, el texto aprobado en el año 2004 señala en su letra a) que “*los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran*”; son contrarios a la libre competencia. Pero debe entenderse que los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos sobre precios de venta o compra, o limitar la producción, son ilícitos y dañan la libre competencia sólo si se

Hay que estar de acuerdo en que aún queriendo sancionar penalmente conductas que atenten contra la libre competencia, no todas ellas merecen esa sanción. El problema está entonces en donde trazar la línea entre las que merecerían dicha pena y las que no, abriendo un gran espacio para discrecionalidad en el ejercicio de las potestades del Fiscal Económico.

trata de una colusión, es decir, de un acuerdo entre los productores que tiene como fin cobrar precios monopólicos, haciendo un uso abusivo del poder de mercado que detentan. Otras estrategias como la fijación de precios de reventa, las estrategias de venta atada o de venta en paquete, deben estudiarse caso a caso.³

Desafortunadamente, las reformas aprobadas recientemente por el Congreso⁴, no innovan este aspecto e incluso pueden presentar nuevas dificultades al suprimir la referencia expresa al “abuso de poder de mercado” y sustituir el vocablo “agentes económicos” por “competidores”. En el primer caso por las consideraciones anteriores, y en el segundo caso, pues puede plantear la duda de si se ha buscado excluir los acuerdos colusorios verticales, que por definición tienen lugar entre sujetos que no compiten entre sí, puesto que se hallan situados en mercados diferentes pero conexos.

Debilidad institucional

Luego de las reformas aprobadas en abril de este año, el diseño institucional concebido para la Fiscalía Nacional Económica no tiene correlativo alguno con las facultades que se le están entregando por ley.

En efecto, por medio de la futura ley el Fiscal Nacional tendrá la facultad de interceptar comunicaciones, allanar y descerrarajar, entre otras, a los investigados. Asimismo, podrá utilizar el mecanismo de delación compensada en la persecución de los carteles. Sin embargo, este tipo de facultades se conceden excepcionalmente a los fiscales penales, dada la gravedad criminal de los hechos investigados. Correlativamente dichas facultades tienen una serie de contrapesos que pretenden poner freno a un abuso de su ejercicio ya que pueden pasar a llevar los derechos esenciales de las personas, en particular de inocentes. Por eso es que el titular principal de tan poderosas herramientas está sujeto a un acucioso control

institucional. Este control va desde el mecanismo de designación (en que participan distintos poderes del Estado de manera de asegurar su idoneidad, creando controles y contrapesos) hasta su responsabilidad política, administrativa, civil y penal, que puede resultar en su remoción por eventual abuso de las potestades que la ley y la ciudadanía han depositado en él.

Si bien la nueva normativa intenta avanzar en este punto⁵, el Fiscal Nacional Económico tendrá facultades similares a las de los Fiscales del Ministerio Público, pero sin la misma responsabilidad y legitimación institucional que conllevan dicho poderes. En efecto, a diferencia de la máxima autoridad del Ministerio Público, el Fiscal Económico no goza de independencia Constitucional y aunque la ley lo dota de cierta independencia al requerirse informe favorable de la Corte Suprema para su destitución por parte del Presidente de la República, se ve muy difícil que el máximo Tribunal se lo niegue sin generar una confrontación entre dos poderes del Estado que no corresponde.

De ahí la gravedad de la asimetría que presenta el diseño de la futura ley de libre competencia. Así por lo demás lo han denunciado varios expertos, entre ellos el propio ex ministro Luis Bates.⁶ Así también, se presenta un problema si eventualmente se le permitiera a la Fiscalía ejercer una acción penal, pues se tratará de un órgano que no ofrece todas las garantías de independencia que órganos similares poseen.

Conclusiones

En vista de lo anterior, no es adecuado sancionar infracciones económicas con las propiamente penales, sino que con sanciones de carácter también económico, que operan como forma de desincentivar las conductas. Además, hay que tener presente que muchas

**Existe una preocupante
asimetría entre los poderes
entregados al Fiscal y su
responsabilidad y diseño
institucional**

veces las situaciones son discutibles y poco claras, dado lo complejo de los escenarios comerciales. En efecto, hay que estar de acuerdo en que aún queriendo sancionar penalmente conductas que atenten contra la libre competencia, no todas ellas merecen esa sanción. El problema está entonces en dónde trazar la línea entre las que merecerían dicha pena y las que no, abriendo un gran espacio para discrecionalidad en el ejercicio de las potestades del Fiscal Económico.

Asimismo, la experiencia previa en Chile era mala, toda vez que no se produjeron nunca sanciones penales, en vista que los jueces son renuentes a aplicar este tipo de sanciones, sobre todo cuando por tratarse de temas económicos se trata de generar incentivos que de alguna manera prevengan este tipo de hechos, por un lado, y por otro produzcan una suerte de reparación del daño provocado, que no se da en la situación penal.

Por otro lado, la situación no es completamente asimilable a los carteles o a las denominadas “mafias del narcotráfico”, y la razón es muy simple: todas estas organizaciones tienen por objeto directo la realización de uno o más actos delictivos, es –precisamente– su finalidad principal; nacen y viven para la comisión de delitos, y por eso mismo deben ser castigados penalmente. Diametralmente distinta es la situación de las empresas, cuyo objeto fundamental es completamente lícito: ganarse la vida desarrollando una actividad económica no prohibida por la ley (derecho que por lo demás se encuentra amparado constitucionalmente) y que luego, en el desarrollo de este negocio lícito se pueden cometer eventualmente atentados contra la libre competencia. Esto no convierte por sí mismo al objeto del negocio en algo criminal, que deba por tanto ser sancionado penalmente.

Aún así, existe una preocupante asimetría entre los poderes entregados al Fiscal y su responsabilidad y diseño institucional.

¹ **Artículo 1º.** La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados. Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley.

² **Artículo 3º.** El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.

b) La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

³ Ver Tema Público Nº 913 sobre el tema.

⁴ Boletín 4234-03, ingresado al Congreso el año 2006, y cuya tramitación fue finalizada en abril de 2009. El nuevo texto de la letra a) del artículo 3º es el siguiente: *a) 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 u otras condiciones de comercialización; limitar la producción; asignarse zonas o cuotas de mercado; excluir competidores; o afectar el resultado de procesos licitatorios.*

⁵ El nuevo texto legal señala que el Fiscal se nombra por el Presidente de la República, mediante el sistema de Alta Dirección pública, durando 4 años en el cargo, reelegible por una sola vez, y cesa en el cargo, por renuncia, expiración del cargo o remoción dispuesta por el Presidente de la República, solicitada por Ministro de Economía, y ratificada por la mayoría de la Corte Suprema.

⁶ El Mercurio, Cartas al Director, 13 de abril de 2009.