

PROYECTO ANTI COLUSIÓN Y TRÁMITE EN EL CONGRESO: MÁS RIESGOS QUE OPORTUNIDADES

- Nuestro sistema de libre competencia, cuya última modificación legal es del año 2016, ha experimentado un notable perfeccionamiento con el paso de los años. En la actualidad contamos con un sistema robusto, dotado de la institucionalidad y herramientas necesarias que permiten su buen funcionamiento.
- De ahí que no se advierte con claridad la necesidad de volver a emprender reformas sobre el mismo, menos aún cuando las modificaciones propuestas no parecen ser esenciales para su continuo perfeccionamiento. Adicionalmente, existen propuestas -en el proyecto de ley y otras no contempladas por el Ejecutivo, pero que han surgido en el debate legislativo- que resultan muy discutibles a la luz de la evidencia y que podrían terminar afectando la eficacia de los instrumentos que permiten la detección y sanción de carteles.

El Presidente Piñera, a inicios de diciembre de 2019, anunció la presentación de una “Agenda Anti Abusos”. Dicha agenda, impulsada como respuesta a las protestas iniciadas en octubre del mismo año, tenía múltiples propósitos. En relación al sistema de libre competencia, el anuncio gubernamental se materializó en la presentación -en el mes de marzo de este año- de un proyecto de leyⁱ (“Proyecto Anti Colusión”) cuyo objeto es combatir las colusiones con mayor severidad.

La decisión de impulsar una reforma legal al Decreto Ley 211 (“DL 211”), piedra angular de nuestro régimen de libre competencia, fue una sorpresa no sólo para los usuarios de la institucionalidad, sino también para los expertos y la opinión pública en general. El programa de gobierno con el que fue electa la actual administración, si bien incluía alusiones genéricas a la importancia de la competencia en los mercados, no contemplaba modificaciones legales en la materia, habida cuenta, por lo demás, de la muy reciente reforma que este cuerpo legal había experimentado.

CONTENIDOS DEL PROYECTO ANTI COLUSIÓN

El proyecto, en su formulación original, pretende introducir modificaciones de diferente naturaleza al DL 211. Las enmiendas principales se detallan a continuación:

1.- Nuevas herramientas para la persecución de carteles: se proponen nuevas facultadesⁱⁱ para la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), las cuales, en casos graves y calificados, podrá ejercer el Fiscal Nacional Económico, previa autorización del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) y del Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago correspondiente.

2.- Aumento de las penas para el delito de colusión cuando recaiga sobre bienes y servicios de primera necesidad: se incorpora una figura agravada de colusión, siendo la pena asociada a esta figura la de presidio mayor en su grado mínimo (cinco años y un día a los diez años de presidio). Al respecto:

a. Se consideran bienes y servicios de primera necesidad aquellos indispensables para la subsistencia de las personas (no incluye un listado taxativo de los bienes y servicios que deben ser considerados como tales). Serán los Tribunales de Justicia quienes, de acuerdo con las circunstancias del caso particular, determinen si los hechos constitutivos de la conducta ilícita coinciden o no con el tipo agravado de colusión. Con todo, la iniciativa establece criterios para efectuar la calificación, incluyendo aspectos como la relevancia para la vida cotidiana de las personas, la masividad del bien o servicio o la gravedad del perjuicio causado a los consumidores.

b.- Normas de determinación de la pena: según lo establecido en el proyecto y las remisiones a otros cuerpos legales pertinentes, sin importar las atenuantes y/o agravantes que concurran, el Tribunal no podría imponer una pena inferior a los cinco años y un día ni superior a los diez años de prisión. Adicionalmente, no procedería la aplicación de ninguna pena sustitutiva.

3.- Creación de la figura del denunciante anónimo: se convierte en obligatorio para la FNE el resguardo de la identidad de quienes denuncien la existencia de conductas anticompetitivas cuando estos así lo solicitenⁱⁱⁱ. Para prevenir abusos de este mecanismo, se propone incorporar un nuevo tipo penal que sancione a quienes presenten ante la FNE una denuncia fundada, a sabiendas, en antecedentes falsos o fraudulentos con el propósito de perjudicar a uno o más agentes económicos.

LA IMPORTANCIA DE LA LIBRE COMPETENCIA Y EL ROL DEL ESTADO

La experiencia demuestra la importancia que tienen los sistemas económicos en el desempeño de los países. En efecto, a mayor grado de libertad económica -que deriva en mayores grados de competencia- los niveles de desarrollo son más altos^{iv}. La literatura económica indica que los mercados que funcionan en condiciones de competencia son eficientes pues permiten que los consumidores accedan, al menor costo posible, a una variedad de bienes o servicios. En virtud de sus fundamentos y

beneficios, es que la competencia -como principio de mercado- se constituye como el “motor del sistema económico liberal”^v.

Es por tales razones que la competencia -entendida como un proceso de disputa entre firmas o agentes del mercado buscando ganar clientes comerciales a través del tiempo^{vi}- es objeto de especial interés de los estados. En nuestro país, por ejemplo, el DL 211 le asigna dos deberes específicos al Estado: la promoción y la defensa de la competencia.

LA EVOLUCIÓN DE NUESTRO RÉGIMEN DE LIBRE COMPETENCIA

Nuestro sistema de libre competencia, cuya última modificación es del año 2016, ha sufrido un notable perfeccionamiento con el paso de los años. Dicho perfeccionamiento, por cierto, fue obtenido gracias al amplio apoyo político que tuvieron las diferentes reformas aprobadas en las últimas dos décadas^{vii}.

Este proceso de modernización se inició en 1999 con la Ley N° 19.610, que permitió fortalecer a la FNE y cimentó el camino para que esta institución pasara de ser una agencia desconocida durante gran parte de su historia a un ente dotado de atribuciones excepcionales para un órgano de la administración^{viii}.

Posteriormente, y debido a la aprobación de la Ley N° 19.991 de 2003, se reemplazaron las Comisiones Preventivas y la Comisión Resolutiva por el TDLC^{ix}. Además, esta reforma modificó el esquema de sanciones vigentes a la fecha. Se eliminó la sanción penal para el delito de colusión y se establecieron sanciones en el ámbito administrativo, además de aumentarse el monto de las multas.

En 2009, en tanto, se promulgó la Ley N° 20.361. La referida reforma fue fundamental para la detección y sanción de carteles pues introdujo el mecanismo de la delación compensada y las denominadas facultades intrusivas de la FNE, con los resguardos del caso en cuanto a su ejercicio. Las colusiones -como han señalado el TDLC y la Corte Suprema en reiteradas ocasiones- son la conducta más grave contra la libre competencia. La introducción de la delación compensada, que en el Congreso fue objeto de perfeccionamientos en lo que a la exención de sanción a quienes se delaten se refiere, ha demostrado ser fundamental para desbaratar acuerdos colusorios y desincentivar la práctica de estas nocivas conductas. Su éxito ha sido innegable: de los requerimientos presentados por la FNE entre los años 2010 y 2017, el 41% de ellos se ha fundado en esta herramienta^x. En los últimos seis meses, en tanto, uno de los dos requerimientos^{xi} presentados tuvo como antecedente el uso del programa de delación compensada administrado por la FNE.

Finalmente, el año 2016 se aprobó la última modificación al DL 211 (Ley N° 20.945). Dicha ley reincorporó la sanción penal a la colusión (otorgando la titularidad exclusiva para ejercer la acción penal a la FNE), modificó el esquema de multas convirtiéndolo en uno efectivamente disuasivo^{xii}; incorporó una sanción accesoria para las personas naturales condenadas por el delito de colusión consistente en la inhabilitación absoluta temporal para desempeñar ciertos cargos ejecutivos; introdujo un nuevo sistema de control preventivo obligatorio de operaciones de concentración; otorgó nuevas atribuciones a la FNE; entre otras modificaciones.

Gracias a las reformas descritas y al buen uso que las autoridades de libre competencia han hecho de sus crecientes atribuciones, hoy contamos con un sistema de libre competencia que goza de merecido prestigio. Sus virtudes -correcta arquitectura institucional, herramientas para la detección de ilícitos, flexibilidad y sanciones severas y bien diseñadas- son ampliamente reconocidas y, por lo tanto, deben ser debidamente resguardadas.

REFLEXIONES SOBRE EL PROYECTO ANTI COLUSIÓN: OPORTUNIDADES Y RIESGOS

Debido a lo reciente de la última reforma al DL 211, es razonable preguntarse sobre la conveniencia de legislar sobre estas materias. Si analizamos los contenidos del proyecto de ley de manera individual, las conclusiones son disímiles.

Así, por ejemplo, las nuevas herramientas para la persecución de carteles son bienvenidas y facilitarán la labor de la FNE, institución que ha hecho un correcto uso de las crecientes atribuciones que se le han otorgado. Las normas propuestas están bien estructuradas y contienen los resguardos necesarios para evitar un uso arbitrario de éstas.

Por otra parte, la incorporación de una agravante en el caso que las colusiones recaigan sobre bienes y servicios de primera necesidad exige un análisis más profundo. Primero, porque las sanciones contempladas en nuestro DL 211 nos sitúan como una de las jurisdicciones con las sanciones más severas (en materia penal equiparados a Estados Unidos y con penas superiores a las contempladas en Alemania y el Reino Unido); y segundo, debido a que la amplitud de la norma propuesta complejiza la calificación que deberán realizar los jueces, especialmente el criterio que considera la gravedad del perjuicio causado a los consumidores. Dada las incertidumbres asociadas, que implican un desincentivo al uso de la delación compensada y que además podría adolecer de vicios de constitucionalidad por no definir con claridad el perímetro y contenido del tipo penal, debiera ser reconsiderada.

En otro orden de materias, es valorable la propuesta de crear la figura del denunciante anónimo. Con todo, cabe recordar que en la actualidad -y aún sin la modificación que se propone- es posible realizar denuncias anónimas a la FNE. Avanzar en el resguardo de la protección del denunciante, que es el propósito de esta modificación legal, es oportuno y necesario en aras de la certeza jurídica, pero no parece imprescindible habida cuenta de la rigurosidad y protección con que la FNE ha procedido en el pasado respecto de estos denunciantes. Cabe mencionar que en el debate legislativo se ha señalado que esta iniciativa del Ejecutivo sería insuficiente, pues no existirían incentivos para que las personas se atrevan a denunciar actos anticompetitivos (no se contemplan recompensas). Al respecto, ha surgido la propuesta de otorgar recompensas económicas a quienes entreguen a la autoridad de libre competencia información que pueda resultar útil para las investigaciones. Consideramos que esta idea, aunque persigue un propósito que compartimos, podría generar malas prácticas que terminen entorpeciendo la labor de la FNE. Se debe evitar que la FNE, cuyos recursos humanos son limitados, desperdicie su tiempo en atender denuncias falsas o inconducentes.

EL PRINCIPAL RIESGO: LA DISCUSIÓN SOBRE LA TITULARIDAD DE LA ACCIÓN PENAL EN LA PERSECUCIÓN DE CARTELES

El principal riesgo de esta reforma, y aun cuando no forma parte del proyecto del Ejecutivo, dice relación con la posible innovación en la titularidad de la acción penal para la persecución de carteles. Este punto, que también fue objeto de debate en la reforma del 2016, constituye un riesgo cierto pues parte importante de los miembros de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados -instancia técnica que está discutiendo el Proyecto Anti Colusión- se ha mostrado favorable a los argumentos planteados por el Ministerio Público.

La legislación vigente establece que la investigación penal por el delito de colusión puede iniciarse exclusivamente por querrela de la FNE, una vez que se establezca la existencia del ilícito por sentencia definitiva firme y ejecutoriada del TDLC.

Para determinar si es conveniente innovar o no en la materia, debemos considerar al menos los siguientes aspectos. Primero, cualquier modificación que se sugiera debe procurar no afectar la eficacia de la delación compensada. Segundo, debemos preguntarnos si los resguardos que se establecieron en la última reforma son suficientes para que la FNE cumpla ciertos estándares mínimos al momento de ejercer la acción penal. Finalmente, se debe evaluar el desempeño de la FNE como litigante y contrastarlo con el rendimiento del Ministerio Público en litigios de similar naturaleza.

La FNE, al ejercer la acción penal, no puede actuar arbitrariamente puesto que es el mismo DL 211 quien le impone la obligación de interponer querrela en los casos en que se afecte gravemente la competencia. En el evento que estime inconveniente ejercer la acción penal, la autoridad de libre competencia debe emitir una decisión fundada para justificar su determinación. Además, cabe destacar que la regulación legal fue complementada eficazmente por la Guía de Querellas emitida por la FNE en 2018, herramienta especialmente útil pues difunde *ex ante* los criterios generales que la institución usará y reduce considerablemente su ámbito de discrecionalidad.

Asimismo, es conveniente mencionar que la FNE es una institución que ha tenido un notable desempeño en los asuntos contenciosos en que ha sido parte. La FNE, según la cuenta pública^{xiii} que realizó Ricardo Riesco -actual Fiscal Nacional Económico- el pasado 27 de mayo, ha obtenido sentencias condenatorias por colusión en el 100% de los casos presentados desde el 2010 a la fecha, más de 200 personas naturales y jurídicas condenadas, y multas por casi US\$ 200 millones.

En definitiva, innovar en este tópico podría eventualmente dificultar -e incluso impedir- la detección y sanción de los carteles, aspectos que son los objetivos más importantes y que no se deben perder de vista. Modificar la correcta estructura que tenemos en la actualidad -en que existen órganos especializados con atribuciones claramente diferenciadas- podría derivar en la existencia de investigaciones paralelas y en sentencias contradictorias, principales defectos de tener a dos instituciones actuando al mismo tiempo. En efecto, es conveniente preguntarse: ¿quién podría creer que, en tales circunstancias, el uso del programa de delación compensada no se vería afectado?

Pareciera que lo mejor, dado lo reciente de la última modificación legal y los altos grados de especialización y éxito como litigante que ha demostrado tener la FNE, es no innovar respecto a este punto y otorgarle un voto de confianza a esta institución, sobre todo considerando que la investigación asociada y el accionar en contra de una colusión o cartel puede durar en promedio hasta 1.600 días (en los casos en que el requerimiento no se funda en una delación)^{xiv} y que la reforma que reintrodujo la cárcel como sanción es del año 2016.

REFLEXIONES FINALES

Si bien el espíritu de buena parte de las propuestas impulsadas por la actual administración en esta iniciativa está bien orientado, no se advierte con claridad que ellas sean realmente esenciales para perfeccionar o propender a un mejor funcionamiento del sistema de libre competencia en Chile. En ese contexto, y

considerando que no existen garantías de que en el transcurso de la tramitación del Proyecto Anti Colusión no se promuevan enmiendas que perjudiquen al sistema de libre competencia en nuestro país, resulta discutible la pertinencia de la iniciativa.

La delación compensada ha demostrado ser la herramienta más eficaz para desbaratar carteles. Dicha herramienta ha sido de utilidad, entre otras razones, por descansar en una arquitectura institucional bien diseñada. Es de esperar que esta reforma legal consolide los atributos del sistema y no erosione su eficacia. Reformas que en apariencia parecieran estar justificadas, pueden causar un grave perjuicio en el proceso competitivo y en el bienestar de los consumidores, por lo que esta iniciativa debiera someterse a un examen riguroso y por sobre todo técnico y orientado al cumplimiento de los objetivos del sistema de libre competencia.

ⁱ “Proyecto que fortalece la investigación y persecución de carteles y aumenta su pena en caso que indica” (Boletín N° 13.312-03).

ⁱⁱ Destacan: (i) la facultad de solicitar el alzamiento del secreto y la reserva bancaria; y (ii) la imposición de sanciones penales a quienes impidan las medidas de entrada y registro, oculten o destruyan evidencia.

ⁱⁱⁱ Se busca que la identidad y los datos que permitan identificar al denunciante no consten en el expediente, precavando así las posibles consecuencias que puedan sufrir como resultado de su contribución al esclarecimiento de un ilícito anticompetitivo.

^{iv} ROJAS y BERRÍOS (2016), “Competencia en Chile: Cuánto se ha avanzado”, p. 46.

^v JUPPET y MORALES (2018), “La colusión en Chile. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, p. 5.

^{vi} WHISH y BAILEY (2018), “Competition Law”, p.4.

^{vii} Enrique Vergara, actual Presidente del TDLC, aludiendo a las modificaciones que se han realizado al DL 211 desde 1973 al 2016, sostiene que “como se puede apreciar, el perfeccionamiento de nuestra institucionalidad de libre competencia es un tema que ha generado altos grados de consenso en nuestras autoridades, lo que se ha reflejado en las votaciones que han tenido estos proyectos de ley”. Véase “Anuario Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2016-2017”, p. 7.

^{viii} RIVAS (2018), “La reputación técnica y el emprendimiento de políticas como fuente de poderes: el caso de la Fiscalía Nacional Económica”, pp. 92-93.

^{ix} Tribunal colegiado y especializado integrado por abogados y economistas. Inicialmente sus integrantes no tenían dedicación exclusiva al TDLC y recibían una menor remuneración.

^x “FNE en cifras–2017”, lámina 14 (<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/04/FNE-en-cifras.pdf>).

^{xi} Requerimiento relacionado con los alimentos para salmones (FNE con Biomar Chile S.A. y otros).

^{xii} Se eliminó el monto máximo y se fijaron multas de hasta el 30% de las ventas de la línea de productos o servicios involucrados o hasta el doble del beneficio económico derivado de la infracción. En caso de que ninguna de estas hipótesis pudiera calcularse, el legislador determinó que se aplicarían multas por hasta 60.000 Unidades Tributarias Anuales.

^{xiii} Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/05/Discurso-Cuenta-P%C3%BAblica-Participativa-2019.pdf>

^{xiv} CENTRO COMPETENCIA UAI (2020), “¿Cuánto tardan las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica en materia de carteles?”, p. 9.