

Proyecto de ley iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Pérez, señoras Van Rysselberghe y Von Baer, y señor Moreira, que establece la obligación de cumplir pena efectiva por el delito de colusión.

La ley N°20.945, que entrara en vigencia el 30 de agosto de 2016, introdujo un conjunto de modificaciones al Decreto Ley N°211, de 1973, que fija normas para la libre competencia. Es así como, el numeral 22 del Artículo 1° de dicho cuerpo normativo, introdujo en la citada norma un Título V, dedicado a las sanciones penales de ciertas conductas que se describen en él.

El artículo 62, contenido precisamente en el aludido Título V del D.L. 211, introducido por la ley 20.945, castiga con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, al que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos.

Del mismo modo, la norma ordena castigar copulativamente a los autores del delito con inhabilitación absoluta temporal, en su grado máximo, para ejercer el cargo de director o gerente de una sociedad anónima abierta o sujeta a normas especiales, el cargo de director o gerente de empresas del Estado o en las que éste tenga participación, y el cargo de director o gerente de una asociación gremial o profesional.

El inciso final de este artículo 62, declara aplicable a estos delitos, lo previsto en la ley N°18.216, conforme a las reglas generales. Agrega, sin embargo, que la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere sancionado.

El mensaje de S.E. la ex Presidenta de la República Michelle Bachelet, que dio inicio a la tramitación de esta ley, señala, al describir las reformas en materia de colusión, que "La colusión entre competidores ha sido unánimemente reconocida como la conducta más dañina en contra de la libre competencia", citando a la Excma. Corte Suprema que ha afirmado, "Que la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas" (Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 29 de diciembre de 2010, dictada en autos rol 1746-2010).

Si bien la ley N° 20.361 introdujo en nuestro ordenamiento jurídico una serie de modificaciones tendientes a combatir de forma más adecuada a la colusión, a 5 años de la entrada en vigencia de dicha reforma resulta necesario introducir otros cambios en el

sistema de defensa de la libre competencia, que permitan disuadir y sancionar a quienes atentan en contra de las bases de la economía de mercado, renunciando a competir.

Al referirse a la criminalización de la colusión, el Mensaje reconocía que, si bien en Chile la Ley de Defensa de la Libre Competencia entre 1959 y 2003, castigó con presidio menor en cualquiera de sus grados (61 días a 5 años) a quienes atentaran en contra de la libre competencia, esta sanción nunca se aplicó "producto de la ausencia de una cabal conciencia acerca de la gravedad de estos ilícitos, así como de la falta de una institucionalidad adecuada para hacer frente a casos de alta complejidad", siendo finalmente, fue derogada en el año 2003 por la ley N°19.911, iniciativa introducida por Mensaje del entonces Presidente Ricardo Lagos.

Dicho mensaje presidencial justificó la eliminación del carácter penal de estas conductas en una supuesta falta de especificación de las conductas anticompetitivas, que no cumplirían con los estándares del Principio de Legalidad establecidos en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, y; en que la criminalización de estas conductas no habría sido idónea para disuadir a quienes atentan contra la libre competencia.

Por su parte, iniciativa que dio origen a la ley 20.945, señalaba que "a más de 10 años de la referida derogación, es posible constatar la necesidad y legitimidad de volver a criminalizar conductas anticompetitivas", limitado únicamente a la colusión y, particularmente, a aquellos casos que en el derecho de la competencia se consideran como carteles duros.

Agregaba que "Durante los últimos años, la sociedad chilena ha podido tomar conciencia acerca del inmenso daño que la colusión causa a los mercados y a los agentes económicos que actúan en ellos, en especial los consumidores. En efecto, se trata de conductas que no sólo generan efectos patrimoniales adversos de inmensa magnitud para las víctimas, sino que además defraudan la confianza de los chilenos en la economía de mercado.". En ese contexto, señala, no resulta justificable que conductas que tienen una significación económica y disvalor social sustancialmente menores, sean tipificadas como delitos, mientras que la colusión no lo era.

El mensaje del Ejecutivo de la época, señalaba que las jurisdicciones con gran tradición histórica en materia de defensa de la libre competencia, sancionan la colusión con penas de cárcel equivalentes a las que en él se proponían. Canadá y los Estados Unidos, sancionan este delito con hasta 14 años y 10 años de prisión, respectivamente, mientras Australia y México, también contemplan una pena de hasta 10 años de prisión.

Al momento del inicio de la tramitación del proyecto que dio origen a la ley N°20.945, existían numerosas mociones parlamentarias sobre la materia: Boletín N° 6.438-03, de los H. Diputados Enrique Accorsi, Ramón Farías, Felipe Harboe, Marco Antonio Núñez, Gabriel Silber, y Patricio Vallespín, y las H. Diputadas María Antonieta Saa y Ximena Vidal; Boletín N° 6.439-07, de las H. Diputadas Isabel Allende y Denise Pascal, y los H.

Diputados Alfonso De Urresti, Marcelo Díaz, Francisco Encina, Fidel Espinoza, Carlos Montes, Iván Paredes, Fulvio Rossi y Marcelo Schilling; Boletín N° 6.442-03, de los H. Senadores Carlos Bianchi y Adolfo Zaldívar; Boletín N° 6.454-07, de los H. Senadores Carlos Cantero, Andrés Chadwick, Alberto Espina, José García y Antonio Horvath; Boletín N° 8.088-03, de los H. Senadores Camilo Escalona y Eduardo Frei; Boletín N° 8.822-07, de los H. Diputados Pedro Pablo Álvarez-Salamanca, Nino Baltolu, Eugenio Bauer, Sergio Bobadilla, Cristián Campos, Javier Hernández, Celso Morales, Iván Norambuena e Ignacio Urrutia, y por la H. Diputada Karla Rubilar; Boletín N° 9.028-03, de los H. Senadores Guido Girardi, Ricardo Lagos, Jaime Quintana y Eugenio Tuma; y Boletín N° 9.046-03, de las H. Diputadas Cristina Girardi, Adriana Muñoz, Claudia Nogueira, Marcela Sabat y Alejandra Sepúlveda, y los H. Diputados Enrique Accorsi, Juan Luis Castro, Hugo Gutiérrez, José Pérez y Gabriel Silber.

Las penas que contemplaba la propuesta del Ejecutivo de la época, fueron determinadas, en palabras del propio mensaje, "en proporción a los severos daños que estas conductas fraudulentas causan a una gran cantidad de personas al lesionarse la fe pública, la institucionalidad económica y el bien jurídico de la libre competencia", y su objetivo no era otro que generar una disuasión efectiva, impidiendo que los responsables de las conductas colusivas, pudieran acceder a salidas alternativas en el procedimiento o a penas sustitutivas a la privación de libertad.

Sin embargo, pese a esta declaración, el proyecto mismo no contemplaba una prohibición que impidiera a los condenados por el delito de colusión acceder a las penas sustitutivas a la privación de libertad contempladas en la ley N°18.216. Dicha prohibición fue introducida con posterioridad, durante la tramitación legislativa de la iniciativa, pero restringida, como se ha señalado, al primer año de cumplimiento de la condena, permitiendo, por tanto, acceder a dichos regímenes alternativos con posterioridad a ese período.

La evolución de la consideración social de esta clase de conductas ha llevado a la demanda ciudadana por un castigo más eficaz y ejemplificador a quienes abusan de su posición económica para obtener beneficios indebidos y perjudicar inescrupulosamente a los consumidores, minando no sólo la confianza pública, sino las bases mismas del sistema de economía social de mercado que tanto progreso ha traído al país en las últimas décadas.

En consecuencia, en razón de la necesidad de resguardar los principios fundantes de la economía social de mercado, pero, sobre todo, la urgencia de restaurar la dignidad de los ciudadanos atropellados por prácticas empresariales abusivas, que, además, atentan contra los derechos más básicos de las personas, es que venimos en someter a la aprobación de este H. Senado, el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo Único.- Sustitúyase el inciso final del artículo 62 de la ley N°20.945, por el siguiente:

"Los condenados en calidad de autores, cómplices o encubridores, por los delitos consumados contemplados en los incisos primero y segundo de este artículo no podrán acceder, bajo ningún respecto, a las formas alternativas de cumplimiento de la condena contempladas en la ley N°18.216, debiendo, por tanto, dar cumplimiento efectivo íntegro a pena privativa de libertad que determine el tribunal.