Modifica diversos textos legales, con el propósito de restablecer sanciones penales y aumentar el límite de multas en casos de conductas atentatorias a la libre competencia
Boletín N°9046-03

Vistos:

Lo dispuesto en el capítulo V de la Constitución Política de la República, en la Ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y lo establecido por el Reglamento de la Honorable Cámara de Diputados.

Considerando:

1.- El año 1973 se dictó el Decreto Ley N° 211, que fija normas para la libre competencia. Dicha legislación ha tenido dos modificaciones sustanciales a lo largo de los años, por una parte la ley N° 19.911, publicada el año 2003 y la ley N° 20.361, publicada el año 2009.

En la primera, se modificaron las conductas ilícitas, se creó el Tribunal de la Libre Competencia con modernos sistema de procedimientos y se eliminaron las sanciones penales por conductas que lesionan la libre competencia.

Luego, por medio de la Ley N° 20.361, se perfeccionó la legislación otorgando nuevos instrumentos de investigación para la Fiscalía nacional Económica.

2.- Se puede señalar que con dichas modificaciones legales, lo que se hizo, fue optar por un modelo de sanciones administrativas para las figuras competitivas, lo que significó por ejemplo que mediante la modificación introducida por la ley N° 20.361, se aumentó la sanción hasta la 30.000 Unidades Tributarias Anuales para determinadas infracciones.

3.- Además, en la discusión de la ley N° 20.361, se retomó la discusión sostenida en su oportunidad en la discusión de la ley N° 19.911, de reestablecer sanciones penales para ilícitos que vulneraran los principios de la libre competencia, cuestión que en definitiva no se incorporó en virtud de la necesidad de aprobar y dar curso al proyecto promovido por el Ejecutivo[1], no obstante lo cual, variados parlamentarios dieron cuenta de la necesidad imperiosa de su incorporación con el objeto de generar una persuasión para que no se cometieran dichos actos.

4.- Cabe señalar, que la materia en comento, no ha sido una cuestión ajena a la discusión de este Congreso Nacional. Desde el año 2009 a la fecha, especialmente como producto del "caso farmacias", se han ingresado una serie de mociones que abordan la materia desde los más variados puntos de vista, por una parte con el reestablecimiento de las sanciones penales, la imposición como sanción de la disolución de las personas jurídicas que cometan conductas colusorias, el aumento de las multas de la ley, la atenuación de las multas por utilizar figura de delación compensada, etc. Además, dichas mociones dicen relación con modificar el Código Penal, el DFL N° 1, o incluso el Código Orgánico de Tribunales.

En ese sentido, el cuadro n° 1 anexo describe las principales mociones y aspectos contenidos en ellas, relativos a la materia.

6.- En conformidad con lo señalado; consideramos que los hechos derivados del "caso colusión de farmacias", entre lo que se cuenta la E

1 Historia de la ley N° 20.361, que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Reconstrucción, de 2005, sobre Tribunal de la Libre Competencia. Documento obtenido en sitio de la Biblioteca del Congreso Nacional, www.bcn.cl, acceso en julio de 2013.

imposición de una multa inclusive inferior de los beneficios económicos obtenidos por la conducta ilícita, así como la imposibilidad de la obtención de una condena penal, es un claro ejemplo de aquellas conductas que vulneran y atacan la libre competencia, pero que además vulneran las bases de la fe pública y de los principios que deberían guardar los agentes económicos que prestan servicios o venden productos, son un claro ejemplo de las conductas que deben ser adecuadamente sancionadas. Por tanto, se constata producto del caso en comento, que las sanciones administrativas como las multas, aunque han sido aumentadas con las leyes referidas en numerales anteriores, son insuficientes para que los actores del mercado se inhiban de cometer ilícitos como la colusión de precios o cualquier otro acto que ataque la libre competencia.

Además, en el derecho comparado, son variados los ejemplos que establecen sanciones pecuniarias y sanciones penales a conductas atentatorias de la libre competencia, que dan cuenta de la posibilidad de establecer dichas sanciones a la par de las sanciones administrativas, en especial en aquellos casos que afectan a mercados de productos básicos consumidos por la población como son los alimentos o los medicamentos[2].

Luego, se hace evidente la necesidad de abordar una discusión sobre la modificación a la legislación referida, que además pueda considerar los diversos aspectos relevados a través de las distintas mociones presentadas desde el año 2009 por los señores parlamentarios.

En virtud de lo indicado, se presenta como necesario en una modificación legal, el reestablecer sanciones penales para conductas atentatorias de la libre competencia, aumentar las multas y aplicar proporcionalidad en virtud de las ganancias obtenidas de las conductas colusorias u otras relativas a la libre competencia. Asimismo, es necesario prevenir que la implementación de esas medidas no se afecte la figura de la delación compensada implementada a través de la ley N° 20.361.

7.- En el mismo orden de ideas, parece necesario incorporar a nuestra legislación un tipo penal que no sólo considere la colusión como acción ilícita, sino que también todos aquellos actos que vulneren los principios que permiten la libre competencia. Dicho tipo penal debe además, ser incorporado de tal manera que no vulnere el principio non bis in idem, es decir, que una misma conducta no sea sancionada dos veces, y por lo tanto, es necesario tipificar una conducta distinta a la del artículo 3° del DFL N° 1 de 2005, y no hacer referencia a ella.

Por otra parte, debe considerarse que no todas las acciones atentorias de la libre competencia tienen el mismo efecto y con ello los mismos perjuicios a la sociedad. Por ejemplo, no se puede comparar el caso de los buses interurbanos que se coluden para una fecha especial en que se celebra alguna festividad, de tal manera de subir los precios de los pasajes, con el caso el mentado caso de "colusión de las farmacias", donde las ganancias por los actos colusivos ascendieron a millones de dólares. En ese orden de ideas, es necesario buscar, incorporar y discutir sobre la conveniencia de incorporar una gradualidad en la imposición de las sanciones, de acuerdo a un efecto objetivo. En dicho sentido, nosotros consideramos que un adecuado efecto objetivo, sería por ejemplo el aludir a los niveles de ganancia que el acto ilícito provocó para quien comete el ilícito.

Por otra parte, en el tipo penal a incorporar, también debe considerar la entidad del daño provocado a la sociedad y por lo tanto amerita la imposición de una sanción penal en el caso solamente que los efectos de un acto ilícito se hayan concretado, por lo tanto, es necesario que el ilícito se encuentre en grado de consumado.

---

[2] Cuadro comparativo de las sanciones contempladas en el derecho comparado se puede advertir en _.

Por último, en virtud del interés de la sociedad respecto a perseguir y sancionar conductas atentorias contra la libre competencia, se debe considerar que el tipo y sanción a incorporar, debe impedir que se puedan utilizar salidas alternativas o sanciones, que a la luz del daño causado, se consideren desproporcionadas con el mal causado.

8.- Por otra parte, con el objeto de que la incorporación de una sanción penal contra conductas atentatorias contra la libre competencia, no entorpezca la figura incorporada a través de la Ley N° 20.361, respecto a la delación compensada, se debe considerar la incorporación de una atenuante de responsabilidad penal para quien colabore en el proceso de la sanción administrativa en los términos del artículo 39 bis del DFL N° 1 de 2005, no obstante que se configure además la colaboración con la investigación que se da en el ámbito penal.

9.- Ahora bien, tal como lo ha demostrado el caso farmacias, al parecer la multa vigente en la ley, no inhibe a los actores de realizar actuaciones atentorias contra la libre competencia, toda vez que las ganancias producto de la comisión del ilícito, superan con creces los montos de las eventuales multas a las que las personas se ven expuestos. En ese sentido, se hace necesario incorporar sentido de proporcionalidad en la imposición de la sanción en caso de que los beneficios económicos obtenidos por el infractor sea superiores a los límites de las multas vigentes.

8.- Por último, considerando la posibilidad de que empresas transnacionales sean aquellas que incurran en acciones contrarias a la libre competencia, ya sea por la utilización de medios tecnológicos que permiten interacciones entre actores en el país y en el extranjero, ya sea por la implementación de tácticas y prácticas atentorias de la libre competencia desde el extranjero, se hace necesario incluir la posibilidad en el Código Orgánico de Tribunales, de que dichos ilícitos sean sometidos a la jurisdicción chilena, tal como lo establece la moción del Boletín 6454-03.

Por tanto:

En mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en las disposiciones constitucionales y legales citadas, los diputados que suscribimos venimos en someter a consideración del Congreso Nacional el siguiente:

PROYECTO DE LEY:

Artículo 1.- Incorpórese en el párrafo 7°, del título VI°, del Código Penal, los siguientes artículos 286 bis y 286 ter:

1) Artículo 286 bis. El que celebre acuerdos o concede prácticas de manera expresa o tácita, mediante los cuales se fijen precios, se limiten la producción, se asignen cuotas de mercado o zonas de desarrollo de la actividad o se impida el ingreso de nuevos agentes, respecto de productos o servicios esenciales relativos a alimentación, vestuario, vivienda, medicina o salud, de tal manera que con dichos acuerdos o prácticas se impida la libre competencia en la producción o en el comercio, será penado:
   1°. Con presidio mayor en su grado mínimo a medio, si el beneficio económico producto de la acción del infractor excediera de 10.000 unidades tributarias mensuales;
   2°. Con presidio menor en su grado máximo, si el beneficio económico producto de la acción del infractor excediera de 5.000 unidades tributarias mensuales y no pasare de 10.000 unidades tributarias mensuales;

3°. Con presidio menor en su grado medio, si el beneficio económico producto de la acción del infractor excediera de 2.000 unidades tributaria mensual y no pasare de 5.000 unidades tributarias mensuales; y,
3°. Con presidio menor en su grado mínimo, si el beneficio económico producto de la acción del infractor excediera de 1.000 unidades tributaria mensual y no pasare de 2.000 unidades tributarias mensuales.

2) Artículo 286 ter. Será circunstancia atenuante de responsabilidad penal, distinta de la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos investigados contemplado en el numeral 9° del artículo 11, la colaboración prestada en los términos establecidos en los tres primeros inciso del artículo 39 bis del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 del año 1973. En estos casos, el tribunal podrá reducir la pena hasta en dos grados.

Artículo 2°. Modifíquese el inciso sexto del artículo 237 de la ley N° 19.696, que establece el Código Procesal Penal, en el sentido de intercalar después de la frase "contemplados en los artículos" y antes de "361 a 366 bis", la frase "286 bis,".

Artículo 3°. Modifíquese el artículo 6° de la Ley N° 7.241, que aprueba el Código Orgánico de Tribunales, en el siguiente sentido:

1) Reemplazando en el numeral 9°, la letra "y", y la coma precedente por un punto y coma;
2) Reemplazando el punto final del numeral 10°, por una coma y una posterior "y; y,
1) Incorporando un numeral 11 nuevo, del siguiente tenor: "11°. Los sancionados en el artículo 286 bis del Código Penal."

Artículo 4°. Modifíquese el literal c) del artículo 26 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, en el sentido de incorporar un inciso final del siguiente tenor:

"No obstante lo señalado en los incisos anteriores, cuando el beneficio económico de la infractora sea superior a los montos máximos establecidos en el literal c) precedente, el Tribunal podrá imponer multas, considerando los criterios del inciso precedente, que ascenderán desde el cien por ciento hasta un ciento veinticinco por ciento del beneficio económico obtenido por la infractora como consecuencia de cometer los actos del artículo 3° de la presente ley."