

INFORME DE LA COMISIÓN DE ECONOMÍA
recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que modifica el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto definitivo, refundido y sistematizado del decreto ley N° 211, para imponer penas privativas de libertad, a conductas constitutivas del delito de colusión.

BOLETÍN N° 9.028-03.

HONORABLE SENADO:

Vuestra Comisión de Economía tiene el honor de informar respecto del proyecto de ley de la suma, en primer trámite constitucional, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Tuma, Girardi, Lagos y Quintana.

La iniciativa ingresó a tramitación en el Senado con fecha 17 de julio de 2013, pasando a la Comisión de Economía.

Se deja especial constancia que, no obstante tratarse de un proyecto de artículo único, la Comisión procedió a su aprobación sólo en general.

A una o más las sesiones en que la Comisión consideró el proyecto asistió, además de sus integrantes, el Honorable Senador señor Ossandón y el Ministro de Economía, Fomento y Turismo, señor Luis Felipe Céspedes.

Asimismo, concurrieron especialmente invitadas, las siguientes personas:

Del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo: los asesores señores Pablo Berazaluce, Juan Carlos Mediavilla, Jorge Grünberg y Adrián Fuentes; y de Audiovisual, el señor Franco Benavente.

Del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC): el Director Nacional, señor Ernesto Muñoz, y la asesora, señora Magdalena Lazcano.

De la Fiscalía Nacional Económica: el Fiscal Nacional Económico, señor Felipe Irrarrázabal.

De La Fiscalía Nacional, Ministerio Público: el Director de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos

Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, señor Mauricio Fernández, y el abogado, señor Andrés Salazar.

De la Organización de Consumidores y Usuarios Chile (ODECU): el Presidente, señor Stefan Larenas y el periodista, señor Nicolás Violani.

Los Asesores, señores Fabián Luengo, Guillermo Rioseco, (Senador señor Alejandro Navarro), Eduardo Faúndez, Renato Rodríguez (Senadora señora Lily Pérez), Pablo Terrazas (Senador Iván Moreira) Eduardo Barros, Claudio Flores, (Senador señor Eugenio Tuma) y los señores José Huerta y Alberto Jara (Senador Manuel José Ossandón).

De la Secretaría General de la Presidencia (SEGPRES): la señora Tania Larraín y los señores Luis Batallé y Erich Schmarke.

De la Biblioteca del Congreso Nacional (BCN): la Analista, señora Christine Weidenslanfer.

De la Asesoría externa Bancada DC, señora María Jesús Mella.

El asesor Comité, Senadores UDI, señor Marcelo Alfredo Valdés.

Los señores Carlos Aguayo y Nicolás Durante, periodistas de La Tercera.

El señor David Torres, reportero gráfico de ATON.

La señora Pía Billa, de la Universidad Católica, Prensa Radio UCV.

De la Radio Biobío, la periodista Vacayan Vila.

NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL

No hay.

OBJETIVOS DEL PROYECTO

En lo esencial, la iniciativa plantea reponer las penas privativas de libertad para el delito de colusión que tipifica el decreto ley N° 211 de 1973, sobre defensa de la libre competencia.

ANTECEDENTES

Para el debido estudio de esta iniciativa de ley, se han tenido en consideración, entre otros, los siguientes:

A. ANTECEDENTES JURÍDICOS

- El decreto ley N° 211, de 1973, sobre defensa de la libre competencia.

B. ANTECEDENTES DE HECHO

La moción que dio inicio al proyecto señala que la colusión en los mercados de distintos productos y servicios es un fenómeno tan nocivo para la libre competencia, y por ende para los consumidores, como tentador para quienes venden productos o prestan servicios, en mercados con pocos oferentes.

Es lo que, sin ir muy lejos, ocurrió con las farmacias en nuestro país, en que las tres más grandes se pusieron de acuerdo para vender medicamentos a un mismo precio, naturalmente más elevado, evitando de esta manera competir entre ellas y asegurándose ganancias extraordinarias.

El solo hecho de coludirse para fijar precios, fue en nuestro país constitutivo de delito, sancionado con penas privativas de libertad, hasta el año 2003, cuando entró en vigencia la Ley 19.911, modificatoria del Decreto Ley N° 211 que, junto con crear el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, eliminó la figura penal referida anteriormente, remplazando dicha tipificación por otra que, aumentó multas y estableció la responsabilidad civil solidaria de los directores, gerentes o administradores de las empresas que ejecutaban dichos atentados junto a una figura de delación compensada.

En efecto, el texto original del Decreto Ley N° 211, del año 1973, que incorporó a nuestro ordenamiento jurídico por primera vez un estatuto legal destinado a perseguir y castigar los atentados en contra de la libre competencia, tipificada como delito sancionado con la pena de presidio menor al que ejecute o celebrare, individual o colectivamente, cualquier hecho o acto o convención que se dirigiera a impedir la libre competencia dentro del país, tanto en las actividades económicas de orden interno como en las relativas al comercio exterior.

Sin perjuicio de la postura minoritaria de quienes ven en las leyes penales un efecto disuasivo, creemos que la colusión como delito es un hecho tan grave, en relación a los perjuicios y bienes jurídicos que vulnera, que debe ser repuesta la sanción penal privativa de libertad.

La Fiscalía Nacional Económica, ha identificado a la colusión como la más nociva de las conductas en contra de la libre competencia, dadas sus nefastas consecuencias en los precios y en la cantidad y la calidad de los productos que se ofrecen a los consumidores, quienes terminan siendo particularmente dañados, ya que, además, deben cancelar una cantidad de dinero mayor para adquirir bienes o servicios y se les impide destinar dichos recursos a satisfacer otras necesidades.

Por su parte, las nuevas atribuciones que la Ley 20.361 le entregó a la Fiscalía Nacional Económica, permite investigar y establecer las responsabilidades por los hechos o conductas que atentan en contra de la libre competencia.

- - - - -

DISCUSIÓN EN GENERAL

Al inicio de la primera sesión en que la Comisión debatió sobre el proyecto en informe, así como el signado con el boletín N° 10.366-03, que fueron analizados en forma simultánea, el **Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Tuma**, señaló que el Senado tiene una especial preocupación por la situación que afecta a todos los chilenos, y principalmente a los consumidores, a las PYMES, a los sectores más vulnerables, debido a la colusión recientemente denunciada en el mercado del papel tisú, como son el papel higiénico, el papel para la cocina, las servilletas y los pañuelos desechables.

Considera que tal situación constituye un atentado en contra de los intereses de los sectores más vulnerables, puesto que la proporción de las remuneraciones de estos sectores es mayor en el uso de estos productos de primera necesidad.

Asimismo, esta situación debe hacernos reflexionar sobre cómo los Parlamentarios, a la luz de estos proyectos pueden endurecer las penas, facilitar la tarea de la Fiscalía Nacional Económica e introducir otros cambios normativos que impidan la alta concentración que existe en el mercado y el control de las posiciones dominantes que tienen algunas empresas en todos los rubros.

Fiscal Nacional Económico, señor Felipe Irarrázaval.

El Fiscal Nacional Económico, señor Irarrázaval, indicó que la colusión es una infracción muy grave. Claramente es una conducta que va en contra de la buena fe pública en relación con la economía de mercado.

La Fiscalía Nacional Económica, F.N.E., lleva varios meses trabajando en este tema, en el marco de la tramitación del proyecto de ley que modifica el decreto con fuerza de ley N° 1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia (Boletín N° 9.950-03), actualmente pendiente en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados.

En su parecer, la parte más profunda de ese proyecto, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, es el tema del control de fusiones. Este tema es muy importante porque muchas veces ocurre que a través del control de fusiones, se realiza una actividad de carácter preventivo en relación a lo que podrían ser situaciones que favorecen la creación de carteles. Este es, en su parecer, el elemento más importante como país, y que realmente implica un cambio radical.

En relación a aspectos penales y al tema de la colusión, manifestó que el segundo gran cambio, y que está en línea de lo que se ha discutido en la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados,

es elevar el peor escenario, esto es, que el peor escenario en una hipótesis de infracción por cartel no sea una suma determinada como tope, que actualmente es alrededor de US\$ 25 millones por empresa, sino que sea una suma que está más directamente relacionada con los beneficios que se producen en casos de cartel. El anteriormente señalado es el segundo gran tema de la iniciativa que ha presentado el Gobierno, el que como Fiscalía estima positivo, y que de alguna forma alinearía la regulación chilena con la regulación que existe en países que tienen más tradición de economía de mercado.

Llamó la atención que hay alguna referencia a este segundo aspecto, en el boletín N° 10.366-03, correspondiente al proyecto de ley iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Ossandón y Tuma, que modifica el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, y otros cuerpos legales, en lo relativo al delito de colusión.

El señor Fiscal Nacional Económico, advirtiendo que estas materias han sido trabajadas por esa Fiscalía en las sesiones celebradas en las Comisiones de la Cámara de Diputados, anunció que, con el corto plazo que tuvo para imponerse de los dos proyectos en tabla, hará algunos comentarios respecto de los referidos boletines N° 9.028-03 y N° 10.366-03.

Reiteró que probablemente la explicación más completa de este cambio regulatorio y de paradigmas está contenida en el proyecto de ley que está siendo discutido en la Cámara de Diputados.

Acotó que sobre la materia en estudio existen actualmente 13 proyectos en tramitación.

Compartió que ya ha sido invitado por la Comisión de Constitución del Senado, por el proyecto boletín N° 6.454-07, iniciado por diversos Senadores, entre ellos el Honorable Senador señor Espina. Al respecto, agregó que confluyeron, después de varias sesiones, a un resultado similar al proyecto del Gobierno al que ha hecho mención, que está en la Cámara de Diputados. En aras de la economía procesal, en este caso la eficiencia económica, será rápido en su análisis porque los comentarios más profundos están en la discusión de ese proyecto.

Aconsejó tener en vista el proyecto del Gobierno, que está en la Cámara de Diputados, porque resume todos los proyectos anteriores, así como estos que veremos en esta oportunidad, iniciativas todas muy parceladas. En cambio, el proyecto del Gobierno es fundacional.

Hizo presente que él es una persona independiente y que sólo se focaliza en los temas de libre competencia, y su opinión respecto del proyecto del Gobierno y de otras iniciativas la formula desde esa perspectiva.

Reiteró que el proyecto del Gobierno está en sintonía con lo último en materia de libre competencia de los países desarrollados.

En opinión de la Fiscalía Nacional Económica, el proyecto del Gobierno comprende todas las materias, de una manera bastante completa. Más adelante precisó que el sentido de lo que ha señalado, va en la línea que las discusiones de fondo que podrán levantarse aquí con ocasión de estos proyectos, de alguna forma ya tuvieron lugar en la Cámara de Diputados, y el resultado de esas discusiones es el texto del proyecto de ley.

Consideró que a partir del tema de fondo, lo más instructivo en estos momentos es mirar bien lo que se hizo en la Cámara, y después ver cómo perfeccionarlo.

En relación al proyecto boletín N° 9.028-03.

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Tuma, Girardi, Lagos y Quintana que modifica el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto definitivo, refundido y sistematizado del decreto ley N° 211, para imponer penas privativas de libertad a conductas constitutivas del delito de colusión.

El proyecto propone incorporar un nuevo artículo 32 bis en el decreto ley N° 211 de 1973, que establece una pena de presidio menor en cualquiera de sus grados.

Hizo presente que en el proyecto de ley del Gobierno, la pena es mayor, porque es hasta 10 años.

La moción en estudio, dentro de la descripción del tipo penal, se refiere a “acuerdos expresos o tácitos celebrados entre agentes económicos, o prácticas concertadas entre ellos”. Al respecto indicó que, desde el punto de vista penal, esta no es buena técnica legislativa, porque en materia penal rige el principio de la presunción de inocencia y el estándar de más allá de toda duda razonable.

De este modo, en el caso de los acuerdos tácitos es muy difícil obtener una sentencia condenatoria dentro del tipo, porque efectivamente no tienen contacto entre los competidores. Luego, el acusado siempre tendrá una explicación alternativa y, entonces, podrá tener en su contra un juicio, pero no tendrá sentencia condenatoria.

Dado lo anteriormente señalado, indicó que hay que restringirlo solamente respecto de los acuerdos expresos.

Después indicó que se hace una diferencia entre servicios o bienes de primera necesidad. Esto viene de la legislación antigua, que se inició en el año 1959, que contemplaba esa diferencia, con la finalidad

de aumentar en un grado la pena, tal como lo hace el proyecto en comento. Sin embargo, la experiencia en derecho comparado es que no se usa como técnica legislativa, sino que se deja más bien al mérito de cada caso en concreto, el juez podrá decidir cuál es el rango y dónde pondrá efectivamente la sanción.

Lo anterior, por una razón muy práctica, que es la siguiente: lo que se considera de primera necesidad es un concepto que va variando mucho y que es muy subjetivo. Además, depende mucho de elementos tecnológicos, de los cambios de la sociedad, entre otros factores. Así, por ejemplo, para un adolescente puede ser mucho más de primera necesidad el celular, que temas de salud o habitacionales.

Este último aspecto se discutió en la Cámara de Diputados, y finalmente se optó por su eliminación. Simplemente dejar esto a la discrecionalidad del juez, dentro del rango de la normativa.

Volviendo a la pena sugerida por la moción, indicó que, sin ser experto en materia penal, entiende que el Ejecutivo permitió elevar la pena hasta 10 años, para impedir la posibilidad de aplicación de medidas alternativas. Si la pena impuesta es mayor a 5 años y 1 día, la posibilidad que se apliquen atenuantes para los efectos que no exista pena efectiva disminuye mucho.

En esa línea, agregó que hay que ser cuidadoso en que los procesos efectivamente tengan resultados. En referencia particularmente a casos muy mediáticos, es importante que no sean solamente horas de televisión sino que la acusación sea de tal solidez que, en definitiva, se logre una sentencia condenatoria.

Retomando el análisis de la moción, indicó que también considera una multa en beneficio fiscal de hasta 30.000 U.T.A. Estimó que esta multa no es disuasiva. En relación a este tema del carácter disuasivo de la multa, señaló que si le preguntan si puede haber una ley lo suficientemente disuasiva para que no existan carteles, la respuesta es no. Hay que ser honestos al respecto y no frustrarse: no existe ley alguna que permita que efectivamente no existan carteles. La tasa de carteles siempre existirá.

En los Estados Unidos de América existe lo que el juez Posner llama una bomba de racimo en materia de libre competencia, porque contempla penas de hasta 10 años de privación de libertad; multas a las empresas de hasta US\$ 100 millones y a las personas naturales de hasta US\$ 1 millón. Aun así, en Estados Unidos continúan habiendo carteles. Connors señaló el año 2014 que si realmente EE.UU. quisiera igualar el costo del proceso, es decir la sanción, con lo que son los beneficios, tendría que quintuplicar las sanciones establecidas.

Carteles habrá siempre. Pero se están descubriendo, y eso es porque la institucionalidad está funcionando. Insistió que los beneficios para los carteles son inmensos en los carteles eficientes, tarea que no es fácil y que requiere mucha administración.

Resaltó que la ventaja de la delación compensada, que a algunos podrá no gustar y que podrá ser no tan estética, es que introduce un germen dentro del mismo cartel, que hace que los que supuestamente son los mejores amigos en contra de economía de mercado, terminen siendo los peores enemigos.

La estadística de los EE.UU. indica que en los últimos 20 años han ido presos en forma efectiva aproximadamente 315 ejecutivos, aunque se discute qué nivel de ejecutivos son. El promedio es de presidio efectivo de un año y medio a dos años.

En materia de persecución de los carteles, existen dos modelos en disputa. Por un lado, está el norteamericano, que se focaliza en la prisión. Esta tradición viene desde 1890. Por otra parte, está el modelo europeo, que es el del Tratado de Roma, de 1958, que se focaliza en sanciones de carácter económico.

El proyecto de ley del Gobierno que está en la Cámara de Diputados, plantea una suerte de híbrido, porque está dando la posibilidad que en los casos más grotescos exista la herramienta de la persecución penal, con una sanción de hasta 10 años de privación de libertad, y en el caso de las sanciones pecuniarias, se llegue incluso hasta un 30% de las ventas durante el período que duró el cartel. Se trata de cifras millonarias. En Europa hay multas de 1 billón de euros, lo que no ocurre en EE.UU., porque, como señaló anteriormente, es un sistema que está focalizado en el presidio.

La visión completa en números duros respecto a lo ocurrido en los EE.UU en los últimos 20 años es que las multas pecuniarias suman U\$ 6 millones de dólares. En cambio, las multas recolectadas por compensaciones, que tiene un mecanismo de triple daño, son cercanas a U\$ 28 billones.

Hizo presente que estos resultados se deben en su mayor parte a la delación compensada. Por eso es tan importante conocer bien su naturaleza, su fundamento y mecanismo.

En Europa la legislación de 1958 experimentó una especie de muerte cerebral hasta el año 2000, y desde aquí empiezan a haber sanciones anuales sobre 1 billón de dólares por año, considerando la suma de todas las sanciones por infracción a libre competencia.

Puso de relieve que en todos los países hay infracción a la libre competencia, y hay carteles, incluso internacionales, que se siguen formando y se seguirán formando, es parte de la naturaleza. Es parte del costo de la libertad que implica una economía de mercado, pero hay que asumirlo y esforzarse por tener una institucionalidad que funcione, y en su parecer funcionaría adecuadamente con normas que contemplen la delación compensada.

El **Honorable Senador señor Ossandón**, coincidió con lo señalado. La delación compensada es importante, aunque sea difícil de explicarla hacia la opinión pública. Señaló que al ser Chile una economía muy pequeña, en muy poco tiempo se han encontrado carteles que afectan a mucha gente, equivalen a miles de colusiones porque están en los supermercados, en las farmacias, afectan a todo el mundo. Los pollos, farmacias y el papel son artículos de primera necesidad.

Se trata de que el ejecutivo “piense dos veces” antes de coludirse, lograr disuadirlo, no ya desde un punto de vista sólo económico, porque las multas nunca serán parecidas a las utilidades y aunque lo sean, las empresas estarán dispuestos a perder, se arriesgan. Al invertir dinero se sabe que puede ganar o perder, es un elemento que está considerado, pero muy distinto es el vislumbrar la posibilidad de ir preso. La multa es un tema absolutamente material, pero el hecho de terminar en la cárcel pública por ponerse de acuerdo con otras personas para robarle a la gente, porque eso es la colusión, hará sin duda reflexionar más a los ejecutivos antes de cometer este delito. Lo van a pensar dos veces. Es la amenaza real de ir a la cárcel, no necesariamente diez años, basta una semana o un mes, lo que disuade, lo que en verdad atemoriza.

La lógica, es que en el mundo ejecutivo y empresarial se le tiene mucho miedo a la cárcel, lo que no ocurre con el delincuente común, que internaliza y sabe que algún día va a estar preso y es parte de su carrera.

Hizo presente que con este proyecto de ley quieren dar una señal para que esto no se repita. Y para que no aparezcan casos escandalosos como las farmacias, sin consecuencia alguna más que el pago de una multa.

En Estados Unidos cuando alguien se colude y es acreditado, va la cárcel. En Chile al día de hoy, simplemente no pasa nada. Se trata de fortalecer esta figura, sin afectar la delación compensada.

La **Honorable Senadora señora Lily Pérez** señaló que para los que creen en la libertad económica la colusión es un insulto hacia esa libertad porque en aras de ella, algunos se coluden, hacen grandes “negociados” a espaldas de la gente y en desmedro de los consumidores. La libertad económica tiene que tener fiscalización, el Estado es un ente regulador. Agregó que como legisladores hay que dar una señal en ese sentido.

Consultó al Fiscal Nacional Económico sobre cuál es a su juicio la mejor forma de compensar a los consumidores, y cómo se hace en la experiencia comparada de otros países, si se podrán adoptar medidas tales como el congelamiento de precios, o la pérdida de la marca, por ejemplo.

Por otra parte, está convencida que la delación compensada es una fórmula de acceso al conocimiento del delito, el camino

hacia la plana ejecutiva. Pero reiteró su preocupación en orden a qué pasa con los consumidores que son los verdaderos perjudicados. Pensar en una forma de compensación.

Llamó a pensar en qué otro elemento podría ser disuasivo y se podría incluir, que no se comprenda en el proyecto original del Ejecutivo. Se trata de una justa compensación a los consumidores y además de desalentar la colusión.

El Fiscal Nacional Económico dio respuesta a los temas planteados. Le parece que la cárcel es lo más disuasivo que uno puede tener porque se afecta la libertad y eso es lo más valioso. Hay que tener sentencias efectivas, afirmó; y dio un ejemplo, la legislación chilena que es una legislación del principio del Gobierno de Jorge Alessandri, siguiendo a la Chairman Act Norteamericana, establecía una sanción penal, incluso establecía un inciso relativo a artículos de primera necesidad, cuando hubiesen artículos de primera necesidad involucrados, la pena se aumentaría en un grado, pero esa legislación no tuvo aplicación durante 40 años, por eso se critica. El cambio que hizo el Congreso el 2003, era un cambio con muchos sustratos, fue un cambio donde se giró el sistema chileno a una legislación más acorde con la europea, y que fue a través de un sistema de sanciones.

Se dijo que el sistema iba a florecer y que sería más efectivo cuando hubiese una persecución en materia económica. La razón de lo anterior es que el estándar de prueba es distinto y eso hace una diferencia diametral: si se tiene un estándar que es más allá de toda duda razonable como ocurre en materia penal, ese es un principio que es muy garantizante, en cambio en estas infracciones se tiene un estándar que es de preponderancia que puede tener pruebas que son contradictorias, pero que finalmente uno le cree a una tesis. Con este nuevo estándar probatorio, van a tener más chance de ganar casos. En síntesis, la cárcel es sin duda disuasoria, pero la cárcel efectiva, y para que efectivamente se llegue a la pena de cárcel, tal vez habrá muchos casos de cartel. Donde uno cree que hubo un cartel, desde el punto de vista económico, pero no se cuenta con las pruebas suficientes, especialmente los contactos, el acuerdo entre los que participan del cartel, podría ser imposible encontrar el contacto directo, atendida la sofisticación con la que operan al día de hoy, y, si es así, la efectividad real de lo que proponen se verá muy disminuida.

Respecto al sistema de las compensaciones, señaló que el sistema actual tiene un tema de compensaciones que es muy antiguo, que viene de antes del 2003, en el artículo 30 de decreto ley N° 211, de acuerdo a la cual básicamente primero se tiene que terminar el juicio ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por la multa y después de eso, se puede demandar fundándose en ese procedimiento y en ese fallo, en el caso que sea condenatorio, en un procedimiento sumario, que en la práctica no es sumario, sino que demora casi 10 años y se sigue ante tribunales ordinarios.

El Ejecutivo consideró este punto y hay un cambio en el proyecto de ley, en el sentido que el Tribunal que haga este análisis de

compensaciones, no sea el tribunal ordinario sino que sea el Tribunal de Libre Competencia. Cree que eso es bastante profundo y podría hacer una diferencia porque el Tribunal de Libre Competencia va a tener una experticia económica, dos de sus Ministros son economistas, y más aún el Tribunal de Libre Competencia incluso puede haber conocido el caso de cerca. No hay en el proyecto de ley el concepto de daños triples, que existe en la legislación norteamericana, pero sí existe una facilidad para que efectivamente tenga lugar un juicio rápido.

Otro cambio muy relevante es relativo a las acciones de clases. Este permite que cuando existen consumidores afectados, pero en montos menores que no justifican asumir para estos consumidores el costo del juicio, se les pueda agrupar en proporción a las acciones de clase.

Esos dos cambios son profundos, están en la legislación del Ejecutivo, y cree que aprobándose, tendrán más casos de compensaciones económicas y se podría cerrar el círculo respecto a disminuir lo atractivo de formar carteles.

Cree que hay que ser muy cuidadosos en relación a otro tipo de sanciones, por ejemplo la pérdida de la marca, porque también pierden los consumidores dado que las marcas señalizan. Hizo presente que en este proyecto se contempla la sanción de: “que se considere disuelta por solo el ministerio de la ley la persona jurídica que participó en el cartel”. Señaló que en el caso “pollos”, con esta medida perdemos el 95% del mercado porque agro súper tendría que disolverse junto con Ariztía y don Pollo. Insistió que hay que tener cuidado, mirar el efecto de lo que se está haciendo. Los carteles se producirán igual y lo que se está haciendo puede traer efectos colaterales donde el remedio puede ser peor que la enfermedad en relación con los mismos consumidores.

En cuanto a la congelación de precios, también hay que ser muy cuidadosos. Como ha señalado públicamente, la Fiscalía como institución de libre competencia, nunca ha caído en la tentación de reemplazar la economía de mercado, aunque existan exabruptos como el cartel de “los pollos”, no les gustaría que fuese el Estado que comience a criar pollos, porque las empresas se cartelizaron.

El foco en materia de cárceles es: pena corporal (cárcel) o sanción pecuniaria (multas), no otras medidas.

En relación al proyecto Boletín N° 10.366-03.

El artículo primero dice: “reemplácese la letra c del artículo 26 la expresión a 30.000 unidades tributarias anuales, UTM, por la siguiente frase: el doble del beneficio económico obtenido resultado de la infracción”. Le parece bien, porque cree que el techo es demasiado bajo para la realidad actual y que es efectivamente poco disuasivo. Hace tiempo que lo ha señalado desde la Fiscalía Nacional Económica.

Mencionó que a veces es difícil calcular cuál es el beneficio económico, entonces tiene que contemplarse en la legislación una alternativa. Esa alternativa está en el proyecto de ley que está en la Cámara, que establece el mecanismo del 30% respecto a las ventas de la línea que se cartelizó durante todo el tiempo que éste duró. Es una fórmula que puede ser bastante efectiva y que se toma de la normativa europea. El doble del beneficio económico es una norma que viene también del mundo norteamericano.

Agregó que a juicio de la Fiscalía, el Gobierno hizo bien en elegir cuáles son los elementos correctos de cada uno de los sistemas, para hacer una especie de tercer modelo que se tendrá que ver si efectivamente funciona o no.

También hay que colocar montos, un sistema que sea triple, puesto que hay casos en que puede no existir un beneficio económico. Relató que hace un año demandaron a la DGA por incumplimiento de una resolución, no les estaba dando información de quiénes eran los que compraban los derechos de agua y estos son importantes para la producción de electricidad, tenía un efecto indirecto y ellos tenían una obligación. Al demandar a la DGA, se demandó al Ministerio de Obras Públicas, y en definitiva al Ejecutivo, sin embargo ¿cuál es el beneficio económico que podría haber tenido la DGA? o una Asociación Gremial, ¿ésta tiene un beneficio económico?

No hay beneficio económico. Con esta norma no podría demandar a la DGA. Inhibe la posibilidad porque no tiene beneficio económico y el principal comentario es que el beneficio económico, en sí es un concepto muy complicado para efectos de llegar a un cálculo, por eso que está la alternativa del porcentaje en el proyecto del Ejecutivo.

A continuación la norma prescribe: "Agréguense los siguientes dos incisos finales artículo 26". El artículo 26 del decreto ley N° 211 es el artículo más importante porque establece el régimen sancionatorio, y los incisos propuestos señalan: "si se acredita la ocurrencia de hechos que constituyen cualquiera de los supuestos enunciados en el inciso segundo letra a) del artículo 3°, además de las multas correspondientes de acuerdo a la letra c) anterior, se impondrán las penas de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo". Es decir ahí establece la sanción. Hizo presente que la sanción del proyecto del Ejecutivo es mayor, porque es presidio mayor en su grado mínimo.

En los incisos que se incorporan hay una referencia a la letra a) del artículo 3°, es algo técnico, pero hay hipótesis de acuerdo tácito o prácticas concertadas que no son razonables en un contexto de carteles duros; debe tratarse de acuerdos expresos porque sino será imposible, siempre tendrá una hipótesis explicativa. Hay que revisar la referencia a la letra a). Este tema está bien desarrollado en el proyecto del Ejecutivo, tiene que crearse un tipo distinto, que se descuelgue de alguna forma, un tipo penal que se purifique en relación al tipo infraccional económico.

Agregó que la disposición hace la diferencia respecto de bienes de primera necesidad, pero aquí incluso, se definen cuáles son esos bienes consistentes en alimentos, productos higiénicos de primera necesidad, prestaciones de salud, medicamentos, servicios educacionales y unidades habitacionales. Consideró que es muy arriesgado, muy arbitrario hacer una lista, incluso precisar lo relativo a la primera necesidad, porque también, por ejemplo, los temas de telefonía son vitales, incluso los temas de conexión de carretera de transporte. En suma, depende de en relación a quién se analice.

Es mejor dejar una cierta discrecionalidad en relación a las multas, a fijar rangos, y que sea el Tribunal el que, finalmente, lo determine, como ocurre en los países anglosajones.

Explicó que los carteles pueden darse también dentro de los servicios regulados, y ese cartel puede tener mucho efecto con respecto de los consumidores, pero esa autoridad puede mirar o no mirar el tema de libre competencia.

Finalmente señaló que el Boletín contempla un artículo de exenciones penales que podría tener cierto problema respecto a su ubicación geográfica.

Respecto de la extraterritorialidad, manifestó que la disposición no es necesaria. Se trata de una materia que está bien resuelta, en el sentido que no importa dónde se fragua el cartel, lo que importa es ver los efectos. Esto ha sido desarrollado jurisprudencialmente por el caso de los compresores de los refrigeradores, donde el cartel se hizo todo fuera de Chile, pero en Chile se sancionó en relación a los efectos. Adicionalmente, si la disposición se aprueba así como está, cabe la duda de quién vería el tema penal, porque se está modificando el decreto ley N° 211 por lo que sería el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y no el mecanismo de jueces de garantía. Es un comentario, hay que ser cuidadosos porque se estarían cambiando todas las reglas del juego del esquema penal.

El **Honorable Senador señor Pizarro** valoró la presentación del Fiscal Nacional Económico.

No obstante lo anterior, hizo presente que existe urgencia política y comunicacional respecto a la reacción institucional oportuna frente a estos ilícitos de tanta conmoción pública. Por tal circunstancia, sin perjuicio que el proyecto del Ejecutivo que se encuentra en la Cámara de Diputados sea más completo, igualmente es necesario avanzar en este y otros proyectos que digan relación con la materia. Planteó que, en su oportunidad, todas estas iniciativas podrían fusionarse o, al menos, que uno de ellos reúna las ideas matrices de los demás que tengan los mismos objetivos.

En esa línea le solicitó al Ejecutivo hacer presente urgencia al despacho del proyecto que está en la Cámara de Diputados para que sea aprobado pronto por la Cámara y llegue al Senado a cumplir segundo trámite constitucional.

El Senado debe dar una señal de estar trabajando para conseguir la mejor legislación que evite que, en el futuro, se sigan violando los derechos de los consumidores. Lamentablemente existe una correlación entre la población con menores ingresos y el mayor consumo de artículos de primera necesidad. Son ellos los más afectados por estos carteles.

Por su parte, **el Honorable Senador señor Ossandón** hizo presente que el proyecto que presentó junto con el Honorable Senador señor Tuma puede mejorar el proyecto del Ejecutivo que se encuentra en la Cámara de Diputados.

Puso énfasis en el impacto que podría tener una prisión efectiva. Una persona que está siempre en la carrera delictual sabe que algún día caerá a la cárcel, y no le tiene miedo, Sin embargo, un ejecutivo le tiene pavor a la idea de verse privado de libertad y lo pensaría dos veces antes de coludirse.

En la misma línea, **la Honorable Senadora señora Lily Pérez** señaló que el proyecto del Ejecutivo sobre la materia no es excluyente de la existencia de otras iniciativas en una materia tan importante y tan urgente.

También solicitó que el Ejecutivo haga presente urgencia para el despacho del proyecto actualmente en la Cámara, en el carácter de “discusión inmediata”.

Por su parte, **el Honorable Senador señor Navarro** se mostró a favor de respaldar lo antes posible las iniciativas que sancionen la colusión con penas privativas de libertad, de manera de dar una señal a la ciudadanía, en el sentido de contar con una legislación que condene la colusión con penas de cárcel. Corresponde condenar con penas privativas de libertad a los delincuentes de cuello y corbata.

Asimismo, es una señal al Ejecutivo, toda vez que también corresponde impulsar el debate de las propuestas de los Parlamentarios. Hizo presente que están en tramitación numerosas mociones asociadas al delito de colusión.

El Honorable Senador señor Moreira hizo presente que el proyecto del Ejecutivo que se encuentra en tramitación actualmente en la Cámara de Diputados, y que es muy completo, hace especial mención a que, en su elaboración, tuvo a la vista y analizó las diversas mociones que existen sobre la materia, y las menciona una por una. Hizo presente que, dentro de las mencionadas, está también la correspondiente al boletín N° 9.028-08, de los Honorables Senadores señores Tuma, Girardi, Lagos y Quintana.

También solicitó a la Comisión invitar para una próxima sesión al Ministro de Economía, al Director del Servicio Nacional del Consumidor, al Fiscal Nacional, y a representantes de las organizaciones de los consumidores, como CONADECUS y ODECU.

Debido a que el ánimo de la Comisión era votar el proyecto en la primera sesión y con la finalidad de tener la oportunidad de escuchar a las personas que pidió invitar y así contar más elementos para el análisis de los proyecto, solicitó segunda discusión.

En la sesión siguiente, la Comisión continuó con el debate de la iniciativa.

MINISTRO DE ECONOMÍA

El Ministro de Economía, señor Luis Felipe Céspedes, luego de agradecer la invitación, manifestó que el Gobierno, al igual que esta Comisión, tiene un firme propósito de fortalecer la institucionalidad de libre competencia en nuestro país. Los casos que han aparecido en el último tiempo han dejado en claro que fortalecer la institucionalidad sirve, tiene efectos, y en este punto recordó que el año 2009 se aprobó una modificación legislativa que entregó a la Fiscalía Nacional Económica una serie de nuevas atribuciones, como por ejemplo interceptar llamados telefónicos o allanar oficinas, facultades que antes no tenía y que le han permitido a la Fiscalía Nacional Económica contar con los instrumentos necesarios para trabajar en el desbaratamiento de carteles.

Declaró que los carteles son, sin lugar a dudas, la peor de las acciones que se pueden cometer en contra de la libre competencia, que se generan desde “las tinieblas”. En efecto, la información que la FNE entregó al TDLC respecto de cómo fue mutando la coordinación del cartel en el caso del papel higiénico revela claramente la necesidad de fortalecer la institucionalidad para poder detectarlo. Ese es el objetivo del proyecto de ley que el Ejecutivo ingresó al Parlamento en el mes de marzo de este año, y que va en línea con distintos elementos de las mociones presentadas por señores Parlamentarios. Reconoció el trabajo parlamentario en este ámbito, y señaló que el Ejecutivo basó su proyecto de ley en una serie de mociones parlamentarias en materia de tipificación del delito de colusión, tal como se establece claramente en el Mensaje que dio inicio a la tramitación del referido proyecto de ley, y una de las mociones que expresamente se cita es el Boletín N° 9028-03.

Precisó que el proyecto del Ejecutivo, además de incluir la tipificación de las penas de cárcel, incluye una serie de otras medidas para fortalecer la libre competencia.

Por otra parte, agregó que en el proyecto de ley de fortalecimiento del SERNAC, actualmente en tramitación, se establecen una serie de materias que dicen relación con el efecto de este tipo de situaciones sobre los consumidores, y se regulan por ejemplo las mediaciones colectivas.

Volviendo al proyecto sobre esta materia que presentó el Ejecutivo, hizo presente que introduce otro elemento que es muy importante y que es la rapidez con que se debe actuar de modo que los consumidores no tengan que esperar largos años para que exista algún tipo de reposición al daño que se les ha causado producto de este tipo de atentados contra la libre competencia.

Continuó señalando que el Gobierno entiende la importancia de avanzar rápido en esta materia. Estuvieron concentrados en el debate del proyecto del Ejecutivo en la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, que es la comisión experta en estos temas, y que en su parecer sin duda debe ser esta Comisión especializada del Senado la que canalice la discusión sobre estas materias que dicen relación con la libre competencia, incluyendo la penalización de la colusión.

Indicó que el Gobierno comparte plenamente el sentido de las mociones que han sido presentadas, particularmente de sancionar con cárcel los delitos de colusión. Es muy relevante dar una señal clara como sociedad en orden a que este tipo de situaciones deben ser sancionadas con la máxima severidad, pues al fin y al cabo son personas las que toman las decisiones de reunirse sin dejar rastro, coludirse, para afectar a millones de consumidores, y esa conducta debe ser sancionada drásticamente y con pena de cárcel.

El Ejecutivo siempre tiene en la mira lograr acuerdos y construir una institucionalidad amplia en esta materia, y en ese sentido valoró también la moción Boletín N° 10.366, de los Honorables Senadores señores Ossandón y Tuma, en primer lugar en cuanto a los límites que puedan imponerse a las multas. El proyecto del Ejecutivo coincide en fijar el doble del beneficio económico, pues actualmente las multas no son disuasivas. Dio un ejemplo, en el caso de la colusión de los pollos, la FNE entregó antecedentes que acreditaban un beneficio económico por parte de quienes se coludieron fue de US\$ 1.500 millones, y la multa alcanzó US\$ 60 millones en total; con la norma propuesta hubiera llegado a US\$ 3 mil millones. Es un cambio muy significativo.

Puso de relieve que avanzar en el tema multas no ha sido fácil, cada vez que se han elevado se ha argumentado que es desproporcionado, pero cree que hoy existe una mayor conciencia de parte de la sociedad de la importancia de tener multas que sean capaces de disuadir la conducta.

Agregó que en el proyecto de ley del Ejecutivo introdujeron una variante, que es el 30% de ventas por línea de productos, para aquellos casos en que sea difícil calcular el beneficio económico obtenido. El 30% es el límite que establece la Unión Europea.

Coincidió con lo expresado por los Honorables Senadores Tuma y Ossandón en cuanto a la necesidad de avanzar en hacer efectivas las penas de cárcel. Es una de las materias que será discutida y analizada en detalle, de modo que efectivamente quienes se han coludido respondan de esta manera.

Aclaró que en el proyecto de ley que el Ejecutivo ingresó al Parlamento, la delación compensada opera del modo que les parece que debe funcionar, en el sentido que sólo se aplica a la primera empresa o la primera persona. La segunda empresa o persona no puede acogerse a este mecanismo en el caso de las penas de cárcel, y así está especificado.

En relación al Boletín N° 9028-03, manifestó que hay elementos que son importantes de discutir, por ejemplo la tipificación. Hay que ahondar en este tema pues en materia penal el estándar es más elevado, se tiene que probar más allá de toda duda razonable.

Finalmente reiteró que ambas mociones en estudio están en línea con el objetivo del Gobierno en materia de fortalecimiento de las instituciones de libre competencia, y son valoradas. Informó que la Presidenta de la República ha hecho presente discusión inmediata en la tramitación del proyecto del Ejecutivo que está en la Cámara de Diputados, en una fuerte señal política, de modo que en los próximos días debiera ser aprobado por la Sala y luego enviado al Senado. La tramitación de esta iniciativa, junto con la relativa al fortalecimiento del SERNAC, es fundamental para una adecuada protección de los consumidores y un fortalecimiento de la libre competencia.

Concluyó reiterando la importancia que estos temas sean tratados en la Comisión de Economía, que es la comisión especializada, de modo de asegurarse que exista consistencia respecto de las materias que están siendo tratadas.

SERNAC

Luego, **el Director del SERNAC, señor Ernesto Muñoz**, realizó una completa exposición sobre la materia.

I. Actual regulación.

Según lo dispuesto por el artículo 26 del DL 211, las conductas atentatorias a la libre competencia pueden ser sancionadas con las siguientes medidas.

a) Modificación o término de los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones del DL 211.

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;

c) Multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a 30.000 UTA. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo.

II. Regulación en el Boletín N° 9.950-03 del Ejecutivo.

El proyecto anteriormente señalado, que está pendiente en la Cámara de Diputados, modifica el artículo 26 del DL 211 en el siguiente sentido:

1. Establece como límite a las multas el doble del beneficio económico reportado por la infracción, o hasta por el 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos y/o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido.

2. Señala que si no es posible determinar el beneficio económico obtenido ni las ventas, el tribunal puede aplicar multas por hasta 30.000 UTA.

3. Agrega criterios de determinación de las multas.

Asimismo, el proyecto modifica el Código Penal agregando los artículos 286 bis, 286 ter y 286 quáter, los que:

1. Establecen la pena de presidio mayor en su grado mínimo (de 5 años y 1 día a 10 años) al delito de colusión (salvo para aquel que se haya acogido al beneficio de la exención de multa por delación compensada).

2. Establece la inhabilitación absoluta para ejercer cargos públicos o directivos por 5 años desde que la sentencia quede ejecutoriada.

Sólo podrá iniciarse investigación por querrela del Fiscal Nacional Económico, la que será interpuesta una vez terminada la investigación de la FNE, simultáneamente con el requerimiento respectivo si procediere.

El proyecto además aclara algunos aspectos vinculados específicamente a la protección de los derechos de los consumidores:

1. Agiliza la posibilidad de que los consumidores sean indemnizados por los daños que se les causen: El tribunal competente para resolver las demandas por indemnización de perjuicios que interpongan los consumidores afectados será el TDLC.

2. Da certeza respecto de la aplicación de las acciones colectivas de la LPC con sus legitimados activos y procedimiento aplicable.

3. Aclara que los beneficios de la delación compensada no se extenderán a las indemnizaciones de perjuicios que se deban a los consumidores.

III. ACCIONES DEL SERNAC.

En los casos de infracciones a la libre competencia en que se ven afectados los intereses colectivos o difusos de los consumidores, el SERNAC persigue la compensación de los daños ocasionados a estos con la conducta sancionada. Es por esto que en general espera que el caso tenga sentencia definitiva ejecutoriada para iniciar acciones en contra de los proveedores sancionados.

1. Caso colusión Farmacias: Juicio colectivo en fase probatoria.

2. Caso colusión ruta Santiago–Curacaví: Demanda Colectiva presentada el 15 de septiembre, en fase de admisibilidad.

3. Caso colusión productores de pollo: Demanda colectiva pendiente, a la espera de que la sentencia de la Corte Suprema esté ejecutoriada.

4. Caso colusión CMPC y SCA: Se inició mediación colectiva con los proveedores en paralelo al juicio ante el TDLC.

IV. Comentarios a los proyectos

Boletín N° 9.028-03:

Agrega un artículo 32 bis al DL 211 que establece las siguientes sanciones a la colusión respecto de bienes o servicios de primera necesidad: pena de presidio menor en cualquiera de sus grados; multa de hasta 30.000 UTA; y disolución de la persona jurídica.

Boletín N° 10.366-03:

Modifica el artículo 26 del DL 211 en el siguiente sentido:

-Establece como límite a la multa por colusión el doble del beneficio económico obtenido con la infracción

-Pena de presidio mayor en su grado mínimo, con posibilidad de ser aumentada en un grado si se trata de colusión respecto de bienes de primera necesidad.

-Exención de responsabilidad penal al que se acoja al beneficio de exención de multa por delación compensada.

Agrega un artículo 26 bis que establece la forma en que se considerarán las circunstancias atenuantes y agravantes para la determinación de la pena.

Ambos proyectos avanzan en la dirección seguida por el Ejecutivo, en el sentido de elevar el reproche de las conductas colusivas.

También se recoge la proporcionalidad de la multa al beneficio obtenido con la infracción.

Parece adecuado recoger como agravante la circunstancia de tratarse de bienes o servicios de primera necesidad.

Respecto de este punto sería interesante dejar establecido en la historia de la ley, qué se entiende por este tipo de bienes y servicios, para facilitar la labor de los tribunales, lo que sería preferible a una enumeración cerrada de determinados bienes y servicios. Se puede buscar una combinación mediante una enumeración y luego abriéndolo, señalando "otros bienes y servicios de primera necesidad".

FISCALIA, MINISTERIO PÚBLICO

El encargado de la **Unidad de Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado**, señor **Mauricio Fernández**, hizo un análisis de los proyectos de ley que está considerando actualmente la Comisión de Economía, boletines N°s 9.028-03 y 10.366-03, que sancionan penalmente la colusión.

Características generales de los proyectos: denominadores comunes.

Entienden las causas de las iniciativas parlamentarias. De hecho responden a una preocupación transversal. Todos pretenden incorporar una sanción penal específica a la colusión que vaya más allá del vigente artículo 285 del Código Penal. Ambos proyectos conciben el delito como uno de acción penal pública.

Acción penal pública: ¿por qué no es consistente con nuestro ordenamiento jurídico la acción previa instancia particular?

*Artículo 54.- Delitos de acción pública previa instancia particular. En los delitos de acción pública previa instancia particular no podrá procederse de oficio sin que, a lo menos, **el ofendido** por el delito hubiere denunciado el hecho a la justicia, al ministerio público o a la policía.*

Tales delitos son:

- a) **Las lesiones** previstas en los artículos 399 y 494, número 5º, del Código Penal;*
- b) **La violación de domicilio**;*
- c) **La violación de secretos** prevista en los*

artículos 231 y 247, inciso segundo, del Código Penal;

d) **Las amenazas** previstas en los artículos 296 y 297 del Código Penal;

e) Los previstos en la ley **N° 19.039**, que establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial;

f) La **comunicación fraudulenta de secretos de la fábrica** en que el imputado hubiere estado o estuviere empleado, y

g) Los que otras leyes señalaren en forma expresa.

A falta del ofendido por el delito, podrán denunciar el hecho las personas indicadas en el inciso segundo del artículo 108, de conformidad a lo previsto en esa disposición.

Cuando el **ofendido** se encontrare imposibilitado de realizar libremente la denuncia, o cuando quienes pudieren formularla por él se encontraren imposibilitados de hacerlo o aparecieren implicados en el hecho, **el ministerio público podrá proceder de oficio...**

En relación con el tipo penal del Boletín N°

9.028-03:

Respecto del tipo penal. Es del caso tener presente los siguientes factores: “acuerdos expresos o tácitos” y “acuerdos celebrados entre agentes económicos”; prácticas concertadas; ausencia de poder de mercado; afectar procesos de licitación; penas, medidas intrusivas; concurso entre multas administrativas y multas penales; pena accesoria de disolución de la empresa: consecuencias laborales; pena accesoria de disolución de la empresa: consideraciones derivadas del principio de proporcionalidad.

En relación con el proyecto contenido en el

Boletín N° 10.366:

Respecto al tipo penal. Aludió a la restricción a los cárteles duros (tercero letra a); a la norma de autoría: directores, administradores y toda persona que haya intervenido en la conducta, y a las agravantes: bienes de primera necesidad y servicios de transportes.

DELACIÓN COMPENSADA.

El proyecto boletín N° 9.028-03 no aborda este aspecto.

El boletín N° 10.366-03, plantea incorporar en una norma del siguiente tenor:

“Artículo 26, inciso final.

“Con todo, estarán exentos de responsabilidad penal quienes no obstante haber ejecutado una conducta prevista en la letra a) del artículo 3°, aporten a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los

responsables. Para acceder a esta eximente de responsabilidad penal, el ejecutor de la conducta deberá ser el primero que aporte los antecedentes a la Fiscalía, dentro del grupo de responsables de la conducta imputada, no ser el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella, y debe cumplir con los demás requisitos contemplados en inciso segundo del artículo 39 bis de esta ley."."

De acuerdo con la doctrina comparada constituye una buena forma de detectar carteles e incentiva su desarticulación.

Sin embargo, las razones de eficiencia deben ponderarse con las razones de justicia (mérito y responsabilidad).

Por otra parte, en una sociedad con la estructura económica como la que posee Chile, si se opta por incluir esta herramienta debe conformarse de modo tal que no genere el efecto contrario: incentivar la formación de carteles atendida la exclusión de responsabilidad que se promete en contraste con las ingentes ganancias que otorga la capacidad de fijar precios supra competitivos.

COMPENSADA: PROPUESTA EN RELACIÓN A LA DELACIÓN

-Sólo al primer colaborador.

-Que éste no sea el organizador del cártel o aquel que detenta posición dominante.

-Debe colaborar además con las autoridades penales.

-Fórmula de dos niveles: exención administrativa (persona jurídica) / exención penal (personas naturales).

-La exención sólo se extiende a los ejecutivos, administradores o directores que hayan colaborado personal y efectivamente con las autoridades administrativas y penales, sin que exista la posibilidad de que el beneficio se otorgue a aquellas personas que perteneciendo a la empresa delatora no han colaborado con las investigaciones estatales.

Oportunidades legislativas.

Hizo un llamado a revisar la legislación vigente en relación a la necesaria coordinación entre autoridades administrativas y penales; las obligaciones de aviso; las primeras diligencias investigativas; diligencias intrusivas; evidencia obtenida y utilización en el proceso penal; compatibilidad de regímenes jurídicos.

Luego se refirió a la obligación de la FNE de presentar querella.

Regular expresamente el secreto de la

investigación y la prohibición, bajo sanción, de revelar los antecedentes (Ejemplo: artículo 38 de la ley N° 20.000).

Finalmente, **en torno a la proporcionalidad de materia de penas, hicieron presente el siguiente fallo: Sentencia del Tribunal Oral de Villarrica, RIT 05/2010, de 01 de abril de 2010.**

“...en horas de la tarde del día 16 de septiembre de 2009, aproximadamente a las 17:30 horas, los acusados J.C.G y M.C.S., previamente concertados (...) concurrieron hasta el sector de Loncorruca bajo, de la comuna de Loncoche, ingresando al predio de propiedad de M. H. C, para lo cual derribaron parte de un cerco de 3 hebras de alambre de púas con estacas, ingresando al predio y sustrayendo de éste un buey clavel blanco con arete color verde en la oreja derecha, de propiedad de la víctima, arreando tal animal desde tal predio (...) para finalmente matarlo y faenarlo...”.

“Que, se **CONDENA** a J.C.G., ya individualizado, a sufrir la pena de **SEIS AÑOS DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÍNIMO** y a pagar una multa de DIEZ UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y a pagar las costas de la causa, como autor del delito Abigeato cometido en la comuna de Loncoche el día 16 de septiembre de 2009 en perjuicio de M. H. C.”.

ODECU

Luego, hizo uso de la palabra el Presidente la DE Organización de Consumidores y Usuarios Chile (ODECU), señor Stefan Larenas, quien señaló lo siguiente:

1. Nuevas Sanciones no debieran afectar la herramienta de la delación compensada

Los instrumentos jurídicos existentes hasta el año 2009 no eran suficientemente eficaces a fin de detectar, establecer responsabilidades y sancionar a los responsables en los casos de colusión. Ello inevitablemente impedía evitar la realización de conductas colusorias en el mercado en Chile.

El mecanismo de la delación compensada fue una valiosa herramienta que ha permitido a la autoridad conocer y acreditar la existencia de acuerdos colusorios de empresas.

Se ha estimado en general que para que un programa de clemencia sea exitoso se deben dar las siguientes características: (a) sanciones lo suficientemente altas para realizar una oferta de exención o reducción de las mismas y (b) claridad y certeza en el

otorgamiento del beneficio; exención de la sanción a la primera firma en confesar y otorgar beneficios antes y después de iniciada una investigación.

Se desnaturaliza la lógica de la delación compensada si acaso los sujetos llamados a utilizar el beneficio de la delación compensada van a ser sancionados penalmente. Ello por cuanto ningún ejecutivo va a querer traicionar el acuerdo secreto de colusión con otros competidores si es que se va a ver expuesto a responsabilidades penales. Se trataría de una conducta heroica que está lejos de ser la efectiva conducta que uno puede pedirle a un ejecutivo de una empresa.

La consagración de eventuales responsabilidades penales a las personas naturales que han participado de una colusión tiene este efecto negativo directo en el mecanismo de la delación compensada. En este sentido, se puede ilustrar esta situación con un conocido dicho del campo chileno: “Los cuidados del sacristán mataron al señor cura”.

Los creadores de la iniciativa de sancionar penalmente la colusión estarían poniendo en jaque la importante medida de la delación compensada, lo cual va a tornar en impracticable esta herramienta, con lo cual se vuelve a punto cero: no existirá evidencia, antecedentes para lograr acreditar una colusión.

2. Participación de las asociaciones de consumidores en investigaciones de atentados a la libre competencia.

Es necesario aclarar y reformar la importancia que ante los órganos de libre competencia tienen las asociaciones de consumidores. La colusión afecta directamente a los consumidores. Y estos no se encuentran organizados ni es dable pensar que individualmente los consumidores concurrirán a la autoridad a plantear antecedentes, impactos y la posición en que quedan los consumidores con acuerdos colusorios. Esto se extiende a todas las otras infracciones a la legislación de defensa de la libre competencia.

Por esta razón, resulta relevante que la legislación aclare en forma expresa la legitimación que tienen las asociaciones de consumidores para participar directamente en los procesos de investigación de atentados a la libre competencia.

Sin esta regla legal que aclare lo anterior las asociaciones de consumidores quedan expuestas al criterio de las autoridades de libre competencia de calificar la posibilidad de concurrir como partes interesadas en estas investigaciones. Por el bienestar de los consumidores, resulta indispensable que la legislación confirme esta posibilidad de participación de las asociaciones de consumidores en estas materias.

3. Mejoras en el procedimiento para asegurar compensaciones efectivas a los consumidores tras acuerdos colusorios.

La colusión conlleva impactos directos en los intereses económicos de los consumidores. En las colusiones de precios los consumidores habrán tenido que pagar precios más altos no producto de la competencia en el mercado sino a raíz de un acuerdo colusorio.

En este sentido, se advierten graves dificultades para asegurar resultados positivos que permitan efectuar compensaciones a favor de los consumidores, que son un grupo que en la mayoría de los casos no contará con antecedentes que acrediten la compra de los bienes y servicios, máximo cuando la conducta colusoria se ha mantenido por años. No es la conducta de un consumidor promedio guardar la boleta de un pasaje de bus interurbano, la compra de un producto farmacéutico, de una bandeja de pollo o de un paquete de papel higiénico.

Se requiere que la legislación aclare en forma expresa la posibilidad que en el proceso indemnizatorio correspondiente (juicio colectivo siguiendo las reglas que al efecto ha dispuesto la Ley de Protección al Consumidor en la regulación de este procedimiento) todo el mayor valor que estadísticamente puede llegar a acreditarse que han tenido los productos y servicios como consecuencia de la colusión sea compensado a favor de los consumidores. En los casos en que no puedan identificarse uno a uno los consumidores afectados, el procedimiento debe permitir que los proveedores que han participado en la colusión efectúen compensaciones e indemnizaciones a favor del colectivo de consumidores afectados a través de mecanismos tendientes a generar un beneficio directo al grupo de consumidores, de manera de procurar una retribución indirecta pero que constituya una forma de compensación al grupo de consumidores afectados.

Entre las medidas que pueden identificarse a este respecto, la legislación debiera permitir que los proveedores no sólo efectúen devoluciones de dinero a los consumidores que puedan llegar a ser identificados, sino que a las comunidades donde territorialmente se efectuaron las conductas de colusión. Por ejemplo, si se identifica que en la ciudad de Santiago mayoritariamente las compras de ciertos productos se efectuó preferentemente en 8 comunas, y los porcentajes de distribución de las operaciones da cuenta que en la comuna 1 tuvo el 45% de estas operaciones, la comuna 2 el 33%, la comuna 3 el 21%, etc., entonces debiera permitirse que en la misma proporción los proveedores efectúen inversiones en actividades en beneficio directo de los consumidores en esas mismas comunas, por ejemplo a través del financiamiento o construcción de bibliotecas, museos, centros médicos, que benefician a los habitantes de esa comuna y que fueron los que han adquirido los productos cuyos precios experimentaron alzas como resultado de la colusión.

4. Colusión tácita que afecta la calidad de los productos.

Se ha puesto énfasis por la autoridad de libre competencia a los casos en que se afectan los derechos e intereses

económicos de los consumidores por colusiones relativas al precio de los productos de bienes. Sin embargo, se ha descuidado el análisis de casos en los cuales se afecta también significativamente los intereses económicos de los consumidores por colusiones tácitas de los proveedores en relación con la calidad de los productos.

Ello se observa en los casos de obsolescencia planificada de los productos de consumo masivo (artículos de línea blanca y productos de tecnología, entre muchas otras categorías de productos). Ha sido un hecho público y notorio en el mercado que cada vez más los fabricantes comercializan sus productos con estándares cada vez más bajos de calidad, lo que obliga a los consumidores a tener que volver a adquirir el mismo producto en un tiempo que no guarda relación con las razonables expectativas de durabilidad del respectivo producto.

En la realidad muchas empresas que compiten en un mercado no sólo elijen su estrategia de precios, sino que también los distintos niveles de calidad asociados a su oferta. Estos niveles de calidad dicen relación con la elección de diseños de productos –ya sea vía materiales utilizados- o derechamente con aplicaciones tecnológicas que pueden impedir el funcionamiento del producto más allá del número máximo de horas de vida útil que define arbitrariamente el proveedor (por ejemplo, una impresora la cual ha sido diseñada por el fabricante para que deje de operar una vez efectuada la impresión de 5.000 páginas, en circunstancias que la impresora podría haber seguido prestando utilidad al consumidor más allá de esa aplicación que ha incorporado el proveedor). Ello explica que, por ejemplo, en el mercado las lavadoras, las planchas eléctricas, las impresoras tengan una vida útil demasiado corta, afectándose la natural expectativa de los consumidores adquirentes de contar por un tiempo razonable la utilidad del producto adquirido. Este hecho representaría una especie “pacto de no agresión” entre los fabricantes para que ninguno diseñe y comercialice un producto con un mayor estándar de calidad (ya que ello traería un desplazamiento de la demanda de los consumidores hacia los productos con mejores estándares de calidad).

Hay una **colusión tácita** por cuanto no existe una celebración formal del acuerdo colusivo, sino que la coordinación entre firmas estará dada por las creencias, señalizaciones y supuestos que todos los oferentes (fabricantes de los productos) incorporan en sus estrategias de comercialización, para elegir la estrategia que incide el estándar de calidad de los respectivos productos.

-- Puesto en votación, el proyecto fue aprobado en general, por dos votos a favor y una abstención, correspondiente a la Honorable Senadora señora Pérez. Votaron a favor los Honorables Senadores señores Moreira y Tuma. (Mayoría, 2x1 abstención).

Corresponde dejar constancia que el Honorable Senador señor Pizarro solicitó dejar especial mención en el informe de su posición favorable al proyecto.

**TEXTO DEL PROYECTO APROBADO EN GENERAL
POR LA COMISIÓN DE ECONOMÍA**

Se inserta a continuación el texto del proyecto que la Comisión de Economía propone aprobar solo en general:

PROYECTO DE LEY:

“Artículo único: Intercálese en el Decreto Ley N° 211, de 1973, el siguiente artículo 32 bis nuevo:

“Artículo 32 bis. Los que ejecutaren acuerdos expresos o tácitos celebrados entre agentes económicos, o prácticas concertadas entre ellos, mediante los cuales se fijan precios de venta o de compra de bienes o servicios de primera necesidad, se limite su producción o se asignen zonas o cuotas de mercado, o hubieren ordenado dicha ejecución, serán castigados con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y una multa a beneficio fiscal de hasta treinta mil unidades tributarias anuales.

Si las conductas descritas en el inciso precedente fueren realizadas por personas jurídicas a través de sus gerentes, mandatarios, trabajadores o asesores, sin perjuicio de castigar a los autores, cómplices o encubridores, tal persona jurídica quedará disuelta por el sólo ministerio de la ley, tan pronto encuentre ejecutoriada la sentencia condenatoria de los sujetos señalados en este inciso.

Si dichas conductas se comenten mediante un sistema de telecomunicaciones al que se tenga acceso desde el territorio nacional, aun cuando se hubieren iniciado en el extranjero, se entenderán ejecutadas en Chile. El mismo principio se aplicará a las actuaciones realizadas en el extranjero por medio de sistemas de telecomunicaciones o de tratamiento de datos que contribuyan a la comisión de las conductas señaladas en el inciso anterior o faciliten los medios intelectuales o materiales para concretarlas.”.

- - - - -

Acordado en sesiones celebradas los días 4 y 9 de noviembre de 2015, con la asistencia de los Honorables Senadores señor Eugenio Tuma Zedán (Presidente), señora Lily Pérez San Martín y señores Alejandro Navarro Brain, Iván Moreira Barros y Jorge Pizarro Soto.

Sala de la Comisión, a 10 de noviembre de 2015.

PEDRO FADIC RUIZ
Abogado Secretario de la Comisión

RESUMEN EJECUTIVO

INFORME DE LA COMISIÓN DE ECONOMÍA RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY, EN PRIMER TRÁMITE CONSTITUCIONAL, QUE MODIFICA EL DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1, DE 2004, DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y RECONSTRUCCIÓN, QUE FIJA EL TEXTO DEFINITIVO, REFUNDIDO Y SISTEMATIZADO DEL DECRETO LEY N° 211, PARA IMPONER PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD, A CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DEL DELITO DE COLUSIÓN.

BOLETÍN N° 9.028-03.

I. PRINCIPALES OBJETIVOS DEL PROYECTO PROPUESTO POR LA COMISIÓN: En lo esencial, la iniciativa plantea reponer las penas privativas de libertad para el delito de colusión que tipifica el decreto ley N° 211 de 1973.

II. ACUERDOS: Aprobado por mayoría (2 x 1 abstención).

III. ESTRUCTURA DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN: El proyecto consta de un artículo único, que incorpora en el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004 (decreto ley N° 211), un artículo 32 bis, nuevo.

IV. NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL: No hay.

V. URGENCIA: No tiene.

VI. ORIGEN INICIATIVA: Moción de los Honorables señores Tuma, Girardi, Lagos y Quintana.

VII. TRÁMITE CONSTITUCIONAL: Primer trámite.

VIII. INICIO TRAMITACIÓN EN EL SENADO: Inició su tramitación en el Senado el día 17 de julio de 2013, pasando a la Comisión de Economía.

IX. TRÁMITE REGLAMENTARIO: Primer informe.

X. LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:

- El decreto ley N° 211, de 1973, sobre defensa de la libre competencia.

PEDRO FADIC RUIZ
Abogado Secretario de la Comisión