

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.

La colusión es el acuerdo expreso o tácito que se produce entre dos o más agentes del mercado, los cuales de no mediar esa circunstancia serían naturalmente competidores. La colusión tiene por finalidad otorgar a sus partícipes un poder de mercado, que se traduce en acuerdos en los precios, en la calidad de los productos, en el número de la producción, en la distribución de zonas geográficas para comercializar, en repartirse segmentos de consumidores o en conseguir alguna posición dominante que perjudique a algún actor.

El Decreto Ley N° 211 conceptualiza la la colusión como una de aquellas conductas que son contrarias a la libre competencia en los mercados. En efecto, su artículo 3° hace un listado de las conductas que se consideran como hechos, actos o contravenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, o que tiendan a producir dichos efectos. El primero de aquellos comportamientos, consignado en la letra a) de aquel artículo 3°, es la colusión, que el Decreto Ley define como “los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieren poder de mercado y que consisten en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación”.

Desde una perspectiva histórica es posible constatar que los acuerdos colusivos han tenido un reproche claro en varias legislaciones. Así ocurre, por ejemplo, en “Las Siete Partidas” del rey castellano Alfonso X el Sabio, cuyas disposiciones estuvieron vigentes en Chile hasta avanzado el siglo XIX. La partida quinta de este documento

jurídico señalaba que los mercaderes que participaran de estas coligaciones, denominadas “cotos” y “posturas”, serían castigados con la pérdida de “lo que tuvieren, y sea del rey y aún, además de esto, sean echados de tierra para siempre”. Además de estas penas de comiso y de destierro aplicables a los partícipes, la partida quinta contemplaba una multa para “los jueces principales de la villa, si consintieren en que tales cotos sean puestos, o si desde que fueren puestos nos los hicieren deshacer si lo supieren, o no enviaren decir al rey que los deshaga, que deben pagar al rey cincuenta libras de oro”¹.

Uno de los pilares de nuestro modelo de desarrollo es la preservación de la libertad de los mercados en un marco de justicia económica. La colusión produce consecuencias negativas de manera inmediata en un esquema de libre competencia. Dependiendo del tipo de cartel o colusión, la calidad de los productos decae, tanto porque la práctica concertada permite generar esos productos a un menor costo para la empresa o bien porque se eliminan los incentivos para que ese proveedor se diferencie de su competidor. Además, pueden verse aumentados los precios de los productos, porque disminuye el número de oferentes mientras que el número de demandantes sigue constante. También, se impide el surgimiento de nuevos actores en el mercado debido a la posición dominante que pasan a ocupar los actores coludidos. De otra parte, cuando los partícipes reparten zonas geográficas o segmentos socioeconómicos, los consumidores ven reducida su libertad de elección de los productos presentes en ese mercado, donde cada vez hay una menor variedad disponible. Por último, ciertamente se favorece la existencia de monopolios y oligopolios.

Debido a estos efectos negativos que genera la colusión, nuestro ordenamiento ha generado resguardos para preservar la libre competencia. Sin duda que la herramienta más robusta para combatir la colusión es la sanción administrativa que aplica el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a las empresas que han sido encontradas responsables de comportamientos colusivos. El artículo 26 del D.L. N° 211 dispone que el Tribunal podrá poner término a los convenios contrarios a la libre competencia que hubieren suscrito los partícipes, también podrá ordenar la modificación o disolución de las personas jurídicas que hubieren tomado parte en la

colusión, y, finalmente, el Tribunal podrá aplicar multas a beneficio fiscal por la suma de hasta 30.000 UTA.

Un aspecto discutido en la doctrina es si nuestra legislación contiene una segunda sanción a la colusión, esta vez de carácter penal. Esto porque el artículo 285 del Código Penal contiene una pena privativa de libertad para “los que por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualesquiera otras cosas que fueren objetos de contratación”. El citado precepto señala que estas personas “sufrirán las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”.

En opinión del profesor Jean Pierre Matus, en nuestro sistema jurídico los acuerdos de precios entre oferentes de bienes de consumo no son punibles, tesis que resulta de una correcta interpretación de los artículos 285 y 473 (sobre estafa residual) del Código Penal. Concluye que la regulación de los atentados a la libre competencia están hoy en día entregados exclusivamente a la sede administrativa y a un tribunal especial creado al efecto².

Por este motivo, es pertinente que el legislador estudie incorporar expresamente una sanción penal al delito de colusión. El cuerpo normativo más adecuado para este

¹ Señala textual la Ley 2, Título 7, Partida V: “Cotos y posturas ponen los mercaderes entre sí haciendo jurar y cofradías juntamente para que se ayuden unos a otros, poniendo precio cierto por cuánto darán la vara de cada paño, y por cuánto darán otrosí el peso y la medida de cada una de las otras cosas, y no menos. Otrosí los menestrales ponen coto entre sí por cuántos precio den cada una de las cosas que hacen en sus menesteres; otrosí hacen postura que otro ninguno no labre en sus menesteres sino aquellos que ellos recibieren en sus compañías y aun aquellos que así fueren recibidos, que no acabe el uno lo que el otro hubiese comenzado; y aun ponen coto en otra manera; que no muestren sus menestrales a otros ningunos sino a aquellos que descendieren de sus linajes de ellos mismos. Y porque se siguen muchos males de ello, prohibimos que tales cofradías y posturas y cotos como estos sobredichos ni otros semejantes de ellos no sean puestos sin conocimiento y con otorgamiento del rey; y si los pusieren, que no valgan, y todos cuantos de aquí adelante los pusieren, pierdan lo que tuvieren, y sea del rey y aún, además de esto, sean echados de tierra para siempre. Otrosí decimos que los jueces principales de la villa, si consintieren en que tales cotos sean puestos, o si desde que fueren puestos nos los hicieren deshacer si lo supieren, o no enviaren decir al rey que los deshaga, que deben pagar al rey cincuenta libras de oro”.

² Jean Pierre Matus, “Acerca de la actual falta de punibilidad en Chile de los acuerdos de precios”, Diciembre 2012.

propósito, en virtud de un criterio de especialidad, es el Decreto Ley N° 211, que regula la libre competencia. Sin embargo, es de suma importancia mantener el espíritu de la modificación legal del año 2009, mediante la cual se introdujo la figura de la “delación compensada”.

Gracias a este instituto regulado en el artículo 39 bis del D.L. N° 211, el partícipe de una colusión que proporcione a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de la conducta colusiva y a la determinación de los responsables, podrá acceder a una reducción o exención de la multa. Eso sí, el que solicite este beneficio de la delación compensada debe ser el primero que aporte los antecedentes a la Fiscalía; debe entregar información precisa, veraz y comprobable; tiene que abstenerse de divulgar la solicitud de este beneficio; y, por último, debe poner fin a su participación en la conducta contraria a la libre competencia.

La delación compensada ha sido un mecanismo eficaz para la persecución de este tipo de delitos. Si la aplicación de una sanción penal no fuera coherente con este beneficio administrativo, se corre el riesgo que ninguna colusión pueda ser acreditada, debido a que para los posibles delatores, aún cuando puedan experimentar una rebaja o exención de la multa al denunciar a sus copartícipes en el acuerdo, pesaría sobre ellos una pena privativa de libertad que no representa ningún incentivo para efectuar la delación. Por este motivo, la delación compensada debe extenderse también en materia penal, de tal manera que sea un eximente de responsabilidad penal.

Asimismo, es preciso modificar el monto de la multa que puede imponer el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. El máximo actual, que es de 30.000 UTA, tiende a formar parte de los costos del negocio en las grandes compañías. Por eso es razonable que la sanción sea equivalente al doble del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción. El cálculo de este monto podrá efectuarse mediante informes económicos que consideren el tiempo que duró la colusión, la cantidad de productos vendidos en ese período, cuál fue el precio de mercado, el monto de las utilidades, etcétera. Este incremento significativo en la multa representa un

desincentivo real para quienes evalúen incurrir en alguna práctica concertada que atente contra la libertad de los mercados.

Por último, es preciso establecer una agravante penal del delito de colusión, en virtud de la cual la pena se aumentará en un grado cuando la conducta recaiga sobre bienes consistentes en alimentos, prestaciones de salud, medicamentos, servicios educacionales y unidades habitacionales. El fundamento de esta agravante penal es poder castigar más severamente los atentados a ciertos mercados sensibles desde el punto de vista social, en donde los efectos de una competencia distorsionada repercuten más directamente en las familias chilenas, sobre todo en aquellas de ingresos bajos y medios. En consecuencia, el reproche político-criminal es mayor cuando los comportamientos colusivos se verifican en este tipo de mercados.

Contenido del proyecto de ley

En primer lugar, el proyecto de ley crea una pena especial privativa de libertad, con cumplimiento efectivo de la condena, para aquellos involucrados en los ilícitos descritos en la letra a) del artículo 3º, que corresponde al delito de colusión. De esta forma, a los directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo, en cualquier grado de participación, se le aplicarán las penas de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

En segundo lugar, el proyecto crea una agravante penal especial por participar de cualquiera de las actividades descritas y cuyos efectos recaigan sobre bienes de primera necesidad o servicios básicos consistentes en alimentos, prestaciones de salud, medicamentos, servicios educacionales y unidades habitacionales. El consumidor es el principal afectado por los actos de colusión en la fijación de precios o cuotas de mercado, de manera que la difícil o inexistente sustitución de los servicios básicos o bienes de primera necesidad golpea más fuertemente a los grupos de menores ingresos y a la clase media.

En tercer lugar, el proyecto de ley modifica la multa impuesta a los partícipes de la colusión, de tal forma que su valor ahora corresponderá al doble del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción.

En cuarto lugar, el proyecto crea una eximente de responsabilidad penal especial para aquella persona partícipe de una colusión que proporcione a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de la conducta colusiva y a la determinación de los responsables. En otras palabras, la delación compensada que hoy existe en materia administrativa adopta, en sede penal, la naturaleza de una eximente de responsabilidad. De esta forma, no podrá ser perseguido criminalmente quien aporte primeramente los antecedentes a la Fiscalía; entregue información precisa, veraz y comprobable; se abstenga de divulgar la solicitud de este beneficio; y ponga fin a su participación en la conducta colusiva.

Por último, el proyecto de ley modifica el Código Orgánico de Tribunales, a fin de dejar sometido a la jurisdicción chilena los delitos sancionados en virtud del artículo 26 del D.L. N° 211, que hubieren sido perpetrados fuera del territorio de la República. Este ajuste normativo tiene por finalidad precaver, en un marco de globalización cada vez más extendido, la comisión de estas conductas que, aún cuando sean realizadas fuera de nuestro país, sus efectos anticompetitivos se verifiquen al interior de nuestras fronteras.

Por las razones antes expuestas, sometemos a la consideración de este H. Senado el siguiente

PROYECTO DE LEY

Artículo Primero.- Modifícase el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, de la siguiente forma:

1.- Reemplázase en la letra c) del artículo 26° la expresión “a treinta mil unidades tributarias anuales” por la siguiente frase: “al doble del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción”.

2.- Agrégase los siguientes dos incisos finales al artículo 26°:

“Si se acredita la concurrencia de hechos que constituyan cualquiera de los supuestos enunciados en 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 a los directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo, en cualquier grado de participación. La pena se aumentará en un grado cuando la conducta recaiga sobre bienes consistentes en alimentos, productos higiénicos de primera necesidad, prestaciones de salud, medicamentos, servicios educacionales y unidades habitacionales.

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.”.

3.- Agrégase el siguiente artículo 26° bis:

“Artículo 26° bis.- Para determinar la pena señalada en el inciso final del artículo anterior, respecto de los comportamientos señalados en la letra c) del artículo 3°, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 67, 68 y 68 bis del Código Penal y, en su lugar, aplicará las siguientes reglas:

- 1.- Si no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes en el hecho, el tribunal podrá recorrer toda la extensión de la pena señalada por la ley al aplicarla.
- 2.- Si concurren una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el tribunal impondrá la pena en su grado mínimo. Si concurren una o más agravantes y ninguna atenuante, la impondrá en su grado máximo. Para determinar en tales casos el mínimo y el máximo de la pena, se dividirá por mitad el período de su duración: la más alta de estas partes formará el máximo y la más baja el mínimo.
- 3.- Si concurren circunstancias atenuantes y agravantes, se hará su compensación racional para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras.”.

Artículo Segundo.- Introdúcense las siguientes modificaciones al artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales:

- 1.- Sustitúyese, en el numeral 9°, la letra “y” junto a la coma (,) que le precede, por un punto aparte.
- 2.- Reemplázase al final del numeral 10, el punto aparte por una letra “y”, precedida de una coma (,).
- 3.- Agrégase el siguiente numeral 11, nuevo:

“11. Los sancionados por el artículo 26° del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973.”.