



## Criminalización de la Colusión: a la caza de los carteles

### I. Introducción.

El 19 de marzo del presente año, el Ejecutivo ingresó a la Cámara de Diputados el 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, a su vez, fija normas para la Defensa de la Libre Competencia” (Boletín 9950-03). Luego de una tramitación de casi 6 meses, a comienzos de septiembre la iniciativa fue despachada por la Comisión de Economía, pasando a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en la cual se estancó su tramitación, debido a la agenda de reformas políticas y de transparencia.

#### RESUMEN EJECUTIVO

Hace algunos días, la Cámara de Diputados aprobó por unanimidad el proyecto de ley que modifica el Decreto Ley N°211, que fija normas para la defensa de la libre competencia. ¿Deben aumentarse las multas para los implicados en este delito? ¿Es conveniente establecer pena de cárcel para los responsables? ¿Cuál es el órgano jurisdiccional más idóneo para investigar esta práctica anticompetencia? ¿Es eficaz la delación compensada para prevenir esta práctica? Estas y otras interrogantes tienen su respuesta en el siguiente estudio.

Sin embargo, el requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica (FNE), en el cual denuncia la colusión entre CMPC y SCA (ex PISA) en el mercado del papel higiénico y productos tissue, ha vuelto a poner a la “libre competencia” en el centro de la discusión. Uno de los temas esenciales es la necesidad, o no, de imponer pena de cárcel a quienes se coludan. Debido a esta contingencia, el Ejecutivo hizo uso de sus facultades y puso urgencia de discusión inmediata al proyecto en comento (que establece un plazo máximo de 6 días para el despacho de la iniciativa). Esta decisión permitió que se iniciará su discusión en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, aprobándose en tan sólo 4 sesiones.

En las siguientes páginas se analizará la incorporación de la sanción penal contemplada en el proyecto y el procedimiento para hacerla efectiva, con la finalidad de determinar si el texto propuesto por la Cámara de Diputados podrá cumplir con el objetivo de disminuir la cartelización y generar un efecto disuasivo en los ejecutivos de empresas para la realización de estas conductas.

## II. Historia del Decreto Ley 211

El 22 de diciembre del año 1973, cuando la economía chilena comenzó a abrirse al mundo, se promulgó el Decreto Ley 211, que fija normas para la defensa de la Libre Competencia. Este vino a reemplazar el título V de la Ley 13.305 de 1959, el cual había tipificado por primera vez el delito de colusión, determinando su pena. El DL 211 perfeccionó la ley, debido a que esta contaba con problemas desde el punto de vista orgánico, haciendo muy difícil la persecución del ilícito. Se creó un conjunto de organismos que permitirían velar por una defensa más efectiva de la libre competencia. Así, nace la Fiscalía Nacional Económica, las Comisiones Preventivas y la Comisión Resolutiva.

En el año 1999, la ley 19.610 introdujo modificaciones con el objetivo de fortalecer las atribuciones, el carácter técnico y la independencia de la FNE. Se estableció un mayor presupuesto y mayores atribuciones para el organismo, contribuyendo a la modernización de las instituciones de libre competencia.

Sin embargo, recién el año 2004, más de 30 años después de su promulgación, la legislación de libre competencia chilena sufrió su mayor modificación. Tal como lo señaló el mensaje del proyecto de ley enviado por el entonces Presidente Ricardo Lagos, resultaba imperiosa una actualización de la legislación, a la luz de la nueva realidad de nuestro país. El entonces Fiscal Nacional Económico, Pedro Mattar señaló que *“existe también una opinión generalmente compartida, de que es necesario efectuar perfeccionamientos y ajustes a esta normativa, a fin de adaptarla a los nuevos tiempos, conforme evolucionan los mercados y las instituciones, cuya realidad actual es muy distinta a la de la época de su dictación”*. *“La realidad impuso la imperiosa necesidad de adecuar la institucionalidad de defensa de la competencia a estas mayores exigencias, con el objeto de perfeccionar el funcionamiento del sistema legal, mediante la creación de un nuevo Tribunal especializado en materias de competencia, provisto de*

*independencia y autonomía, y que ejerza sus funciones con transparencia, responsabilidad y excelencia profesional<sup>1</sup>*”. Con esta modificación, se reemplazan las antiguas comisiones (preventivas y resolutivas) por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, creando las bases del sistema dual actual, con una agencia de competencia (FNE) a cargo de investigar y fiscalizar, y un órgano sancionador independiente con facultades jurisdiccionales (TDLC). Además, en materia de sanciones, su modificación más relevante fue suprimir la pena de cárcel para el delito de colusión (la cual no se había utilizado nunca), y establecer un aumento en las multas para las empresas y ejecutivos infractores.

En el año 2009 se realizó el último gran cambio a esta legislación, incorporándose el sistema de delación compensada, el cual ha sido muy útil para la detección de carteles. Asimismo, se incrementaron las facultades investigativas de la FNE.

### III. Legislación comparada

En el mundo, no existe un sistema único para la sanción de los delitos contra la libre competencia. Estados Unidos y la Unión Europea se constituyeron en los paradigmas en materia de sanciones, estableciendo dos sistemas muy distintos, a los cuales Chile ha querido imitar.

En la Unión Europea no se contempla la pena de cárcel para el ilícito de colusión, sino que sólo se contemplan multas muy altas (El doble del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción o 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 esta se haya prolongado, con un tope del 10% de la facturación total de la empresa en el último año). Este mecanismo ha funcionado de buena manera, constituyéndose como un potente disuasivo para estas conductas.

En Estados Unidos sí se criminaliza la colusión, estableciéndose penas de hasta 10 años de cárcel. Ya han sido condenadas 367 personas, con penas que sumadas llegan a más de 510 años de prisión. Asimismo, se contemplan multas de hasta U\$100 millones para las personas jurídicas y de U\$1 millón para las personas naturales. Este mecanismo también ha funcionado correctamente, permitiendo desincentivar la cartelización.

Además, ambos sistemas cuentan con el mecanismo de la delación compensada, que ha permitido desbaratar una gran cantidad de carteles.

---

1. Mattar Porcile, Pedro, Un Nuevo Tribunal Para la Defensa de la Libre Competencia Revista Día de la Competencia 2003 Fiscalía Nacional Económica.

#### IV. Pena establecida en el proyecto de ley

El proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados, establece para el delito de colusión penas que van desde los 5 años y un día hasta los 10 años de presidio. En la Comisión de Constitución se agregó una indicación que obligará al agente que sea condenado penalmente por colusión a que cumpla al menos un año de presidio efectivo, no pudiendo acceder a los beneficios contemplados en la ley 18.216 durante ese tiempo. Asimismo, se incorporó otra indicación que señala que, en caso de que la colusión recaiga sobre bienes y servicios de primera necesidad, se aplicará el máximo de la pena señalada, que va desde los 7 años y medio hasta los 10 años.

##### 4.1. Tipo Penal

*“Será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo quien celebre, implemente, ejecute u organice acuerdos, convenciones, contratos o convenios que involucren a dos o más competidores entre sí...”<sup>2</sup>”*

El tipo penal descrito por el Ejecutivo en el artículo 286 BIS, es de los que se configuran como delitos de peligro abstracto, los cuales son aquellos en que se supone un peligro, sin que se requiera expresamente que ocurra ese peligro. La peligrosidad de la conducta se exige ex ante. Que el peligro se produzca ex post es irrelevante.

En la situación de este proyecto de ley, el delito de peligro abstracto implica que para su configuración no se requiere acreditar una afectación (o el peligro de afectación) a la libre competencia, sino que sólo se debe acreditar la realización de la conducta.

Esto es refrendado por el Oficio enviado por el Ministerio Público (en la persona del Fiscal Nacional, Sabas Chahuán) a la Comisión de Economía, en donde se señala: *“desde una perspectiva estrictamente penal, el ilícito que se propone constituye un delito de peligro ya que, de acuerdo a su redacción, no es necesario que se produzcan los efectos anticompetitivos para aplicar la sanción prevista en la norma, bastando simplemente la celebración de acuerdos que posean algunas de las finalidades allí explicitadas”.*

Es importante señalar que la tipificación de delitos como “delitos de peligro abstracto” es una técnica legislativa excepcionalísima. En efecto, sólo se tipifican de esta forma aquellas conductas respecto de las cuales siempre se deriva un riesgo (Ej. manejar en estado de ebriedad).

---

2. Tipo penal descrito en el nuevo artículo 286 BIS.

Lo que propone la indicación es que la tipificación del ilícito de colusión pase de ser un delito de peligro abstracto a ser un delito de lesión, que para su consumación se deba acreditar la afectación al bien jurídico protegido (infracción a la libre competencia en el mercado relevante).

Hay que considerar que con la propuesta de modificación del tipo penal, los acuerdos colusorios que no se materializaron también serían posibles de perseguir penalmente. Esto, porque el hecho que se trate de delitos de lesión, implicaría que en casos de colusiones fallidas o que no tuvieron el efecto buscado, se consideren delitos tentados o frustrados, con un grado menor de reproche mediante las correspondientes reducciones de grado de la pena.

Recordemos que el Derecho Penal debe ser la última ratio, es decir, la sanción penal debe reservarse sólo para aquellas conductas que importen un mayor grado de lesividad. En este sentido, el proyecto es consecuente con el carácter fragmentario del Derecho Penal en el sentido de sancionar sólo la conducta más grave que atenta contra la libre competencia, como lo es la colusión. Sin embargo, el mayor grado de lesividad de aquella conducta solo se va a configurar cuando dicho acto afecte la libre competencia en el mercado relevante, lo cual no está contenido en la tipificación del ilícito penal.

#### **4.2 Facultad exclusiva del Fiscal Nacional Económico**

El proyecto de ley, en su artículo 286 QUATER, inciso primero, establece que las investigaciones de hechos constitutivos del delito de colusión establecido en el artículo 286 BIS, sólo podrán ser iniciadas por querrela de la Fiscalía Nacional Económica. Así, se configura un delito de previa instancia particular para que el Ministerio Público pueda iniciar la investigación.

Esta medida es del todo prudente, debido a que es el Fiscal Nacional Económico quien cuenta con los conocimientos técnicos, siendo el agente especializado en esta materia.

#### **4.3 Procedimientos Paralelos**

Los incisos segundo y tercero del artículo 286 QUATER señalan que el Fiscal Nacional Económico podrá, discrecionalmente, interponer la respectiva querrela y presentar un requerimiento ante el TDLC al mismo tiempo. Esto significa que en un mismo momento podrán seguirse dos juicios diversos (en sede administrativa y penal) contra la misma persona.

Tal como está configurado el artículo, se presta para una variedad de situaciones que pueden perjudicar la lucha contra los carteles.

Para evitar que exista un debilitamiento en la persecución de los carteles, la separación temporal de ambos procedimientos, estableciendo como requisito para iniciar la acción penal el que exista una

sentencia condenatoria ejecutoriada ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, constituye un buen mecanismo.

Esto tiene la ventaja de otorgar certeza jurídica y procesal. Considerando que el delito de colusión requiere una calificación económica previa (calificación que sería más relevante si se incluye la lesión a la libre competencia dentro de la configuración del tipo), el hecho que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tenga por acreditado el ilícito con anterioridad al inicio de la persecución penal, otorgaría certeza tanto en el juicio criminal y en la imposición de la pena. Ese mecanismo también mitiga el riesgo de que haya sentencias contradictorias, sea por diferentes valoraciones en materia probatoria, como por diferentes estándares de convicción judicial.

Resulta particularmente delicada la situación de que se le impongan penas de multas a una persona que se ha coludido pero se le absuelva de ir a la cárcel. De la misma manera, y aún más delicado, sería el hecho de que el fallo condenatorio en sede penal sea anterior al fallo absolutorio en sede administrativa. No se explicaría que un ente técnico y especializado determine que no hubo colusión y un tribunal ordinario la logre acreditar.

Evita también la existencia de investigaciones y procedimientos jurisdiccionales sancionatorios paralelos. Esto es especialmente relevante si se considera que tanto la Fiscalía Nacional Económica como el Ministerio Público tienen facultades intrusivas de investigación (allanamiento, interceptación de comunicaciones, entre otras.).

En este sentido, gran cantidad de académicos han sostenido esta posición, con la única finalidad de que se establezca un procedimiento que desincentive realmente la constitución de los carteles.

Tomás Menchaca, Presidente del TDLC, señaló que *“La prejudicialidad implica que para iniciar la acción penal en los tribunales ordinarios se requiere primero tener resuelta la sanción del tribunal económico, de forma que no haya una duplicidad de procesos en ambas instancias judiciales. La investigación de la FNE puede ser más técnica que la del Ministerio Público y, por ende, la sanción del TDLC puede ser distinta a la de los tribunales penales. Eso aparte de mayores costos por la duplicidad de procedimientos en ambas instancias, que la menor especialidad del proceso penal podría derivar en menores sanciones y el curso penal puede estimular a las personas a acogerse al derecho de no auto incriminarse, lo que a su vez desincentiva la delación compensada que también intenta impulsar el proyecto de ley<sup>3</sup>”*.

Asimismo, Nicole Nehme dijo que *“En base al proyecto de ley, podrían darse juicios paralelos en sede de libre competencia y criminal, lo que haría esperable que se invoquen ante el TDLC garantías propias*

---

3. Menchaca, Tomás. Exposición ante la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados. 14 de abril de 2015.

*de lo penal como el derecho a la no autoincriminación, a guardar silencio, exigencias de estándar de pruebas más altas y otros, que entorpecerían la labor del tribunal especializado —el que ha mostrado, hasta la fecha, aguda capacidad para leer comportamientos económicos, distinguir la calidad de testigos en materias comerciales y evaluar la seriedad de informes económicos—. Se generaría, así, el riesgo de una neutralización procesal de la capacidad de apreciación de la prueba que ha mostrado el TDLC. Alternativamente, y quizás en base a lo anterior, la FNE podría decidir terminar llevando todos los casos relevantes de colusión a la jurisdicción penal —no especializada—, sin intervención sustantiva de los órganos de libre competencia; y, por ello, con riesgos de sub sanción (como sucedería cuando el tribunal penal pudiera exigir la concurrencia de elementos subjetivos que resultan impropios en los casos de competencia que se sancionan por su aptitud más que por su intencionalidad); o de sobre-sanción (por ejemplo, corriendo el riesgo de condenar como un cartel duro a prácticas concertadas o, peor inclusive, a conductas paralelas) Para evitar lo anterior, sugerimos una adecuada coordinación entre las jurisdicciones de libre competencia y penal y de los respectivos órganos persecutores<sup>4</sup>”.*

#### 4.4 Fortalecimiento de la delación compensada

La delación compensada fue incorporada por la ley 20.361 de 2009, y consiste en que la persona que sea parte de una colusión que aporte a la FNE antecedentes que conduzcan a la acreditación de ella y a la determinación de los responsables, podrá acceder a una exención o reducción de la multa correspondiente. Con este mecanismo se busca la desarticulación efectiva de los carteles. En el proyecto de ley se busca que quien entregue en primer lugar antecedentes a la FNE, quedará exento de las sanciones de disolución, multa, prohibición de contratar con órganos de la Administración del Estado y cárcel. Para el resto de los ejecutores de la colusión, se contempla la posibilidad de acceder a una reducción de las sanciones antes referidas. Con el propósito de resguardar la confidencialidad de la solicitud de la delación compensada, esta no tendrá el carácter de información o hecho esencial.

El mecanismo de delación compensada constituye la fórmula más eficiente para desbaratar carteles debido a que, si nadie confiesa, es muy difícil detectarlos. En virtud de lo anterior, resulta inconsistente que en el caso de las multas se establezcan beneficios para el segundo delator y en el caso del procedimiento penal no se establezca beneficio alguno. Debe recordarse que el primer delator puede no tener (o no entregar) toda la información, por lo que un segundo delator puede aportar información valiosa que ayude a desbaratar el cartel. “Para incrementar la posibilidad de desestabilizar carteles, recomendamos ampliar los beneficios de la delación compensada, de manera que todos los eventuales otros delatores que cumplan con los requisitos del artículo 39 bis del DL 211, se puedan ver beneficiados, con un grado de certeza razonable, por una atenuante adicional de responsabilidad penal<sup>5</sup>”.

---

4. Nehme, Nicole. “¿Cárcel para la colusión? 6 opiniones. Edición agosto 2015 CEP.

5. Nehme, Nicole. “¿Cárcel para la colusión? 6 opiniones. Edición agosto 2015 CEP.

## V. Conclusión

La libre competencia constituye el pilar esencial sobre el cual descansa el sistema de libre mercado. En consecuencia, la colusión se configura como su atentado más dañino. La actitud de concertar precios y asignarse cuotas de mercado es ilegítima, pues, además de impedir que el mercado se desarrolle de manera eficiente, ofreciendo a los consumidores productos de mejor calidad a un menor precio, atenta contra la fe pública y contra la libertad de las personas. El libre mercado no sólo permite asignar eficientemente los recursos, sino que es indisociable con la democracia, toda vez que ambos se fundamentan en la libertad de las personas de tomar sus propias decisiones.

Debido a lo anterior, resulta sumamente necesario establecer mecanismos de disuasión con la finalidad de disminuir las prácticas anticompetitivas (y, por consiguiente, la destrucción del mercado). En este sentido, la colusión es particularmente perjudicial, pues permite que las empresas ejerzan un poder de mercado que no podrían conseguir de otra manera, restringiendo la competencia de manera artificial, lo que posibilita un alza de precios y la adquisición de productos de menor calidad.

Con la finalidad de inhibir estas conductas, la iniciativa que se discute en el Congreso constituye una actualización necesaria de la legislación imperante en esta materia. El aumento del tope de las multas que contempla el proyecto permitirá cumplir con esta finalidad inhibitoria, ya que, al establecer sanciones por el doble del beneficio obtenido, o el 30% de las ventas de la línea de negocios asociados a la infracción, impedirá que un acto colusivo sea un negocio para las empresas. Asimismo, la pena de cárcel también constituye un disuasivo, y debe incorporarse, pero el establecer procedimientos paralelos ante la justicia administrativa y penal, como lo hace el proyecto, debilitará la persecución de los carteles, impidiendo su detección. Se debe actuar con responsabilidad al establecer la sanción penal, ya que podría terminar produciendo el efecto contrario al esperado, afectando a los consumidores. La finalidad principal de la criminalización del ilícito de colusión no debe ser encarcelar a todo el mundo, sino que establecer un disuasivo efectivo para que estas conductas anticompetitivas no ocurran.

Es de esperar que en el avance de la tramitación de la iniciativa se pueda rectificar el procedimiento bajo el cual se incorpora la sanción penal. Así la lucha contra los carteles será más efectiva y la criminalización de la colusión podrá cumplir con su efecto disuasivo.