



FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

Libre competencia:
Una legislación más robusta

Nº 202 | 20 de julio de 2016



Ideas & Propuestas

Resumen Ejecutivo

Hace algunos días, el Congreso despachó el proyecto de ley que modifica el Decreto Ley N°211, que fija normas para la defensa de la libre competencia. En adelante, la iniciativa deberá ser estudiada por el Tribunal Constitucional, en virtud de las atribuciones conferidas por el artículo 93 N°1 de la Constitución Política de la República, al contener normas de ley orgánica constitucional. Posteriormente, estará en condiciones de ser promulgado por la Presidenta de la República, y convertirse en el mayor cambio a la legislación de libre competencia desde el año 2003.

Introducción

El 19 de marzo de 2015, 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 fija normas para la Defensa de la Libre Competencia” (Boletín 9950-03). Luego de una tramitación de casi 16 meses, que incluyó tres trámites constitucionales y una comisión mixta, a comienzos de julio la iniciativa fue despachada por ambas cámaras del Congreso, a pesar de la tenaz oposición del Ministerio Público y, en particular, del Fiscal Nacional, Jorge Abbott.

Este proyecto viene a materializar el Informe elaborado en el año 2012 por la Comisión Asesora Presidencial para la defensa de la Libre Competencia, la cual se constituyó como reacción al caso de colusión de los pollos (con excepción de la sanción penal, la cual no fue contemplada por el informe final de dicha comisión). Lo que se busca es garantizar la existencia de un mercado en el cual impere una competencia basada en el mérito, que permita a las empresas ofrecer bienes y servicios de mejor calidad y al menor precio posible.

En las siguientes páginas se analizará la nueva legislación y sus implicancias en el combate contra las prácticas que reduzcan la competencia en los mercados, con la finalidad de determinar si el texto despachado por el Congreso Nacional 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. 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 de 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.

III. Contenido de la iniciativa

El proyecto consta de tres artículos permanentes y 6 transitorios, que se desglosan de la siguiente

manera:

• Artículo 1: Modificaciones al DL 211 (libre competencia). Constituye el cuerpo de la modificación normativa. Consta de 21 numerales. Además de los cambios a los artículos ya existentes, agrega dos títulos nuevos (IV y V, relativos a operaciones de concentración y sanción penal).

• Artículo 2: Modificaciones a la ley 19.496 (ley del consumidor). Permite solicitar la indemnización de perjuicios sufridos por atentados contra la libre competencia mediante un procedimiento colectivo o difuso.

• Artículo 3: Modificaciones al Código Orgánico de Tribunales. Señala que queda sometido a la jurisdicción chilena el delito de colusión perpetrado fuera del territorio de la República, cuando afecte los mercados chilenos.

3.1 Monto de las multas

En la legislación actual, las multas por colusión tienen un tope de 30.000 UTA, algo así como 25 millones de dólares. Para el ejecutivo, estas multas pueden resultar insuficientes, para lo cual cita una sentencia de la Corte Suprema en donde se señala que “la multa debe implicar al infractor un costo mayor al beneficio esperado, de haber infringido la ley”. Por lo mismo, en este proyecto de ley se propone que el monto máximo de la multa ascienda al doble del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción (si puede ser determinado claramente por el tribunal) o, en su defecto, al 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. Además, Se subió la multa para aquellos casos que no sea posible determinar el beneficio económico obtenido por el infractor ni sus ventas,

de 30.000 UTA a 60.000 UTA, para hacerla más acorde al espíritu de la ley

3.2 Eliminación de la exigencia de que la práctica concertada confiera poder de mercado en los denominados “carteles duros”

Con “carteles duros” se refiere a fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación. El proyecto de ley busca que la conducta de colusión sea sancionada por el sólo hecho de cometerse, aun cuando no confiera poder de mercado al agente coludido. Ya no se hará un análisis del efecto anticompetitivo que la conducta produce en el mercado.

3.3 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 segundo delator, se contempla la posibilidad de acceder a una reducción de las multas y no se le aplicará la obligatoriedad de contar con 1 año de presidio efectivo para optar a salidas alternativas (famosa regla de la “Ley Emilia”) y, además, se le rebajará la pena en un grado. De esta manera, se fortalece el mecanismo, toda vez que el segundo delator,

que ya es beneficiario de la reducción de la multa hasta en un 50%, puede aportar antecedentes relevantes y distintos a los del primer delator, que contribuyan al desbaratamiento del cartel.

Cabe hacer la prevención de que, para que el segundo delator acceda al beneficio, debe ratificar, en sede penal, la declaración que prestó en sede administrativa. De no hacerlo, no accederá a la rebaja de la pena. Esta medida se tomó para que el Ministerio Público pueda acceder a los mismos antecedentes a los que tuvo acceso la FNE, y no correr el riesgo de que el segundo delator se acogiera al derecho de no auto inculparse, ya que declarará como imputado. Asimismo, en caso de que sean sólo dos los agentes coludidos, el segundo delator sólo podrá optar al beneficio de rebaja de la pena en un grado, debiendo cumplir al menos un año de cárcel efectiva.

3.4 Criminalización

Se agrega un nuevo Título V a la legislación, en el cual se establecen penas de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo (3 años y un día a 10 años). Al respecto, quien fuere condenado por este delito podrá optar a salidas alternativas o beneficios sólo al llevar 1 año de presidio efectivo. Además, se establece la inhabilidad para desempeñar cargos públicos, o en empresas del Estado o S.A. abiertas, por un plazo de 5 años desde que la sentencia definitiva se encuentre ejecutoriada.

El tipo penal tipifica un delito que es de aquellos considerados como aquellos delitos de peligro abstracto, lo que 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.

Las investigaciones de hechos constitutivos del delito de colusión sólo podrán ser iniciadas por querrela de la FNE, una vez que exista sentencia condenatoria, definitiva y ejecutoriada ante el Tribunal de la Libre Competencia. Así, se establece la llamada “prejudicialidad”. Esta modificación es sustancial, otorgando certeza jurídica y procesal, ya que, al iniciar la acción penal, el Tribunal técnico y especializado en la materia tendrá acreditada la colusión, por lo que el Tribunal Oral en lo Penal sólo deberá pronunciarse respecto a si ese hecho es merecedor de la pena de cárcel. Además, se incorporó, durante la tramitación en la comisión mixta, la obligación del Fiscal Nacional Económico de interponer la querrela en aquellos casos donde se comprometiere gravemente la libre competencia. Por último, la interposición o no de la querrela deberá hacerse en un plazo máximo de 6 meses contados desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia pronunciada por el Tribunal de la Libre Competencia. En caso de no presentarse tal querrela, el Fiscal Nacional Económico deberá motivar su decisión.

3.5 Operaciones de Concentración

Actualmente en Chile existe un control de las operaciones de concentración de carácter “semi-voluntario”, en que las operaciones son sometidas al conocimiento del TDLC ya sea por consulta de las partes, por requerimiento de la FNE o por demanda de algún particular.

Se establece un nuevo Título IV, con los aspectos necesarios para cumplir con los estándares de la protección de la libre competencia. Las operaciones que deberán regirse por este régimen de control se determinarán por Reglamento dictado por el Ministerio de Economía, por vía de umbrales determinados año a año por la Fiscalía Nacio-

nal Económica, a fin de garantizar el correcto funcionamiento del sistema. Las empresas que deseen fusionarse, y cumplan con ese umbral deberán notificarse obligatoriamente a la FNE, a fin de proceder al control preventivo de la operación. A los agentes económicos que deban concentrarse les asiste un deber de suspensión de la operación, consistente en que no podrán perfeccionarla desde el acto de su notificación hasta que se encuentre firme la resolución o sentencia que ponga término definitivo al procedimiento correspondiente.

3.6 Otras modificaciones

a) Acción de indemnización. Se incorporó en el proyecto que las demandas por indemnizaciones que deriven de una infracción a la libre competencia, en virtud de una sentencia del TDLC, se interpondrán ante ese mismo tribunal.

b) Se prohíbe el Interlocking, es decir, una persona no podrá participar en cargos ejecutivos o de Director de empresas competidoras entre sí, de las llamadas “grandes” (con más de 100.000 UTM de ventas).

c) Se establece el deber de informar la existencia de “participaciones cruzadas” entre empresas, es decir, que un grupo empresarial tenga una participación superior al 10% en el capital de empresas competidoras.

d) Mejores herramientas para evaluar la competencia en los mercados y solucionar sus fallas.

e) Sólo las multas por infracciones a la Libre Competencia prescribirán en el plazo de 2 años contados desde que se encuentre firme la sentencia definitiva que las imponga.

f) Quien resulte agraviado por un informe del TDLC,

podrá impugnar dicho informe a través de un recurso de reclamación, en donde la Corte Suprema revisará la legalidad de lo resuelto por el tribunal.

g) Toda persona tendrá acceso a las investigaciones que se lleven en su contra. Sin perjuicio de aquellas piezas del expediente declaradas reservadas o confidenciales.

h) Regulación al reclamo efectuado por el investigado en casos de colusión, para que no opere como un expediente dilatorio.

i) Las resoluciones del TDLC que aprueben acuerdos extrajudiciales producirán efectos respecto de terceros.

IV. Titularidad de la acción penal

La materia más controversial de la iniciativa, y que derivó en el envío del proyecto a comisión mixta, para zanjar las diferencias suscitadas durante la tramitación entre ambas cámaras, fue la relacionada con qué órgano tendría la titularidad para ejercer la acción penal en los casos de colusión, una vez que haya sentencia definitiva ejecutoriada ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Por un lado, la postura que sostenía el Ministerio Público, y que posibilitó el rechazo en tercer trámite del artículo 64 en comento, era que de mantenerse la iniciativa exclusiva en manos de la Fiscalía Nacional Económica (tal como lo había aprobado el Senado), “se restringe la posibilidad de aplicación de las penas que contempla el proyecto”, al otorgarle a un funcionario público un alto grado de discrecionalidad en su actuar.

Por otra parte, se encontraba la postura del ejecutivo, refrendada por gran cantidad de académicos y expertos en la materia, que sostenían que la titularidad debía quedar radicada en el Fiscal Nacional Económico, al ser el organismo especializado en la materia. Finalmente, primó esta postura, no sin antes salvaguardar la obligatoriedad de presentar querrela en aquellos casos más graves de colusión. A nuestro juicio, que el inicio de la acción penal para el delito de colusión requiera de previa instancia particular se justifica plenamente, ya que es la FNE la que, por sus atribuciones y competencias, cuenta con la expertiz para determinar si los antecedentes recopilados en sede administrativa son base suficiente para iniciar dicha acción. Además, es importante recordar que el estándar de prueba en sede penal es mucho más riguroso que en sede administrativa, por lo que debe ser la Fiscalía Nacional Económica la que pondere si con las pruebas recopiladas en sede de libre competencia es factible obtener condena en sede pena. Asimismo, que la “llave” para iniciar la acción penal hubiese quedado entregada al Ministerio Público generaría, indefectiblemente, incertezas en los delatores, reduciendo la efectividad del mecanismo de delación compensada, fundamental para acabar con los carteles.

Conclusión

Para quienes creemos que la libre competencia constituye el pilar esencial sobre el cual descansa el sistema de libre mercado, la colusión se configura como su atentado más dañino. La actitud de concertar precios y asignarse cuotas de mercado es inmoral, 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 consiste en asignar eficientemente los recursos, sino que es indisoluble 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 especial la colusión, la cual 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.

Respecto al texto legal aprobado, no debe olvidarse que el objetivo de la legislación de libre competencia, y de las modificaciones que contempla el proyecto, es el desbaratamiento de los carteles, por medio de un aumento de las sanciones y penas, por lo que la inclusión de la sanción penal no es el fin último de la iniciativa. Es decir, el bien

jurídico protegido es la libre competencia en los mercados y, para lograrla, se requiere de medios eficaces y que otorguen certeza jurídica y procesal.

En razón de aquello, la fórmula aprobada por la comisión mixta respecto a la titularidad de la acción penal, y que atañe al conjunto de la iniciativa, mantiene los principios rectores de una buena legislación en esta materia, al fortalecer la delación compensada y permitir una detección más eficaz de los carteles.



Capullo 2240, Providencia.

www.fjguzman.cl

 /FundacionJaimeGuzmanE

 @FundJaimeGuzman