



# ¿Se justifican las sanciones penales por delitos contra la libre competencia?

## Introducción

El Derecho de la Libre Competencia tiene más de 50 años de historia en nuestro país. De hecho, su origen tiene como antecedente uno de los trances más profundos por los que haya atravesado Chile en materia económica: la crisis de la industria del salitre, producida por la gran depresión de los años 30. Frente a ese escenario, el Estado tomó un papel preponderante como agente del mercado, interviniendo precios y diseñando políticas que lo llevaron a controlar la mayoría de los sectores de la economía.

A raíz de lo anterior, y a pesar de una relativa estabilidad, la inflación pasó a ser un tema cada vez más relevante y preocupante. Por este motivo, el país recurrió al consejo de consultores internacionales, donde destacó la Misión Klein-Sacks, para superar este y otros problemas que en ese tiempo presentaban gran persistencia. Uno de los aspectos que más preocupó a esta Misión fue el control de precios, herramienta preferida de la época para manejar los monopolios y recomendó, entre otras medidas generales, su substitución por una política de mayor libertad, fiscalizada a través de

### RESUMEN EJECUTIVO

En sus 50 años de historia en Chile, la legislación en materia de libre competencia ha ido en constante evolución. En defensa de este principio se han utilizado sanciones de diversa naturaleza, incluso proponiendo en sus orígenes penas penales de cárcel para ciertas conductas ilícitas. Hoy, a partir del caso de colusión de las grandes cadenas farmacéuticas, el Congreso Nacional estudia un proyecto que propone restablecer las penas penales, a pesar de que sólo hace algunos años el legislador hizo una decidida opción por las multas administrativas, por estimar que serían más eficaces en el control de conductas colusorias.

la instauración de una legislación antimonopolios<sup>1</sup>. Teniendo en consideración lo anterior, durante el gobierno de Jorge Alessandri (1958-1964), se inaugura en Chile el Sistema de Protección a la Libre Competencia, a través de la dictación de la Ley 13.305<sup>2</sup>, que tomó como ejemplo la regulación antimonopolios de EEUU. Cabe decir que este cuerpo legal no tuvo la importancia que se esperaba y, en la práctica, eran muy pocos los casos que llegaban a solución a través de los medios e instituciones que se crearon al efecto.

A partir del siguiente gobierno, con Eduardo Frei Montalva a la cabeza (1964-1970), se producen transformaciones económicas de relevancia, como la chilenización del cobre y la reforma agraria. Se inicia así un proceso de cambios, que tiene su punto cúlmine en la década de los setenta, cuando nuestra economía vive una de sus transformaciones más radicales y complejas. En este contexto, Salvador Allende (1970-1973), mientras estuvo en el gobierno, implementó políticas que violentaron los equilibrios propios de una sana economía y que acarrearón la expropiación de todas las empresas y/o actividades que, bajo la particular perspectiva de ese Gobierno, condicionaban el desarrollo económico y social del país. Lo anterior afectó desde la industria energética hasta la relacionada con las comunicaciones, incluyendo la nacionalización de la banca privada y de los yacimientos mineros. Así, se consolidó una especie de monopolio estatal que cruzaba todas las actividades económicas. Los resultados de esos cambios fueron desastrosos, pues los índices sociales y económicos de esa época se cuentan entre los peores de nuestra historia y fueron claves en el quiebre democrático.

Sin embargo, a partir de 1973, con el nuevo régimen político, *“se dio también un vuelco en términos de la orientación económica. La política progresivamente intervencionista, que con Allende había alcanzado su máxima expresión, fue sustituida por una filosofía liberal-económica, donde el Estado pasó a tener un rol básicamente subsidiario.”*<sup>3</sup>. El gobierno militar llevó a la práctica las mejoras que se habían propuesto desde la Misión Klein-Sacks, aplicando principalmente los análisis que unos años antes habían preparado destacados académicos chilenos formados en EEUU, y que se dieron a conocer a través del texto conocido como “El Ladrillo”. Este estudio responsabilizó de la crisis que vivía el país al gran intervencionismo del Estado en materia económica, y señaló los criterios fundamentales para el futuro económico de la nación: El Estado *“debe restringirse sólo a aquellos campos que los particulares no quieren o no pueden actuar (...) consagrando la libre iniciativa privada en materia económica como una expresión de la libertad individual”*<sup>4</sup>.

Dentro de esta permanente adecuación de la legislación que protege la libre competencia, uno de los aspectos que permanentemente ha ido variando se refiere a la naturaleza que deben tener las

---

1. Véase Luis A. Riveros (Editor), *“La Universidad Piensa a Chile: Anales de un Foro Académico”* (Santiago, LOM Ediciones, 2001, I Ed.), p. 262 y ss.

2. José Luis Zavala y Joaquín Morales: *“Derecho Económico”* (Santiago, Lexis Nexis, 2007 III Ed.) p. 133.

3. Ricardo Paredes: *La Jurisprudencia de la Comisiones Antimonopólicas en Chile* (Estudios Públicos, 1995) p. 230.

4. CENC: *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 384°*, celebrada en miércoles 14 de Junio de 1978, p. 2816 y ss. Estudio de las disposiciones relativas al Orden Público Económico.

sanciones que se imponen a los culpables de la comisión de estos actos. Así, se han establecido sanciones penales, civiles y administrativas, dependiendo, muchas veces, de lo que sucede en la contingencia.

Hoy, se busca reponer las sanciones penales, derogadas hace pocos años por ineficaces, para los casos de colusión. Históricamente, como se verá a continuación, este tipo de sanciones han sido establecidas y derogadas en varias oportunidades, generalmente frente a escenarios complejos en materia económica, pero sin tomarse muchas veces en cuenta la efectividad de las mismas respecto de situaciones económicas.

En adelante revisaremos los principales antecedentes y reformas de carácter legal que modifican materias que resultan atinentes a este trabajo.

### **Decreto Ley N°211, “Fija normas para la libre competencia”, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 1973.**

Una de las primeras medidas que se tomaron en materia económica por el Gobierno Militar, fue dictación del Decreto Ley que “Fija normas para la libre competencia”. Con tal objeto “previene y sanciona las prácticas monopólicas y crea las comisiones y servicio que indica”, respondiendo a la necesidad del país de adecuarse a una economía en que el mercado sería el principal asignador de recursos. Este cuerpo legal, modificando a su antecesor –la Ley N°13.305 del año 1959–, extiende las conductas sancionables e instaura una nueva institucionalidad en materia de libre competencia: entre otras cosas, mantiene las facultades del Presidente de la República para autorizar ciertos monopolios, o la autorización para la fijación de precios de bienes y servicios. Desde sus orígenes, en sus considerandos, el DL N°211 sentaba objetivos fundamentales:

*“1° Que el monopolio y las prácticas monopólicas son contrarias a una sana y efectiva competencia en el abastecimiento de los mercados ya que mediante el control de la oferta o demanda es posible fijar precios artificiales y lesivos al interés del consumidor;*

*2° Que tales actividades, por otra parte, no incentivan la producción; protegen al productor o distribuidor ineficiente; tienden a la concentración del poder económico y distorsionan el mercado en perjuicio de la colectividad;*

*3° Que, por tanto, resulta necesario garantizar la libre concurrencia previniendo la existencia del monopolio y de las prácticas monopólicas y sancionando drásticamente su ejecución”.*

Con la idea de que el mercado es el mecanismo más efectivo para asignar los recursos, este modelo de

reglas claras y eficientes, *concebidas para restringir la conducta de los individuos en aras de maximizar la riqueza o el bienestar social*<sup>5</sup>, fue sentando las bases de nuestra institucionalidad. Incluso, se consideró necesario proteger y consolidarlos posteriormente en la Constitución Política de 1980, a través de garantías constitucionales de protección de la economía, de los mercados y la participación de los particulares en aquél.

Uno de los aspectos que caracterizó al Decreto Ley N°211 de 1973, es que desde sus orígenes establecía sanciones penales para los actos que atentaren contra la libre competencia. Entre ellos, se contaban la determinación de precios de bienes y servicios, entendidos como “acuerdos o imposición de los mismos a otros” (Artículo 2, letra d). Así, su artículo primero rezaba expresamente: *“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención, que tienda a impedir la libre competencia en la producción, o en el comercio interno o externo, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados.*

*Con todo, cuando este delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicinas o salud, la pena se aumentará en un grado”.*

Con la inclusión de una norma como la citada, el legislador dejaba claro que el sistema económico por el que se había hecho una opción no tenía vuelta atrás, y que cualquier contravención iba a ser castigada drásticamente, más aún cuando las conductas influyeran sobre artículos o servicios considerados esenciales, como los ya mencionados.

A tal punto llega la determinación de la autoridad en este sentido, que para contar con una legislación uniforme, y con el objeto de endurecer las penas, se modificó el Código Penal (Decreto Ley N°2059 de 1977), incluyendo en el artículo 285, un tipo específico para estas conductas, que sanciona con penas de reclusión o multas a los que alteraren los precios del trabajo o mercaderías a través de medios fraudulentos.

### **Ley N°19.911, de 2003, que Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia**

Con el paso de los años, la institucionalidad de defensa de la libre competencia se fue consolidando como una instancia reguladora ampliamente respetada. Lo anterior, sin embargo, es sorprendente, pues la ley que crea los Tribunales de Defensa de la Libre Competencia es del año 2003, vale decir, durante casi tres décadas esta normativa estuvo a cargo de órganos “las llamadas Comisiones Preventivas y la Comisión Resolutiva” que no cumplían con los requisitos básicos de independencia, especialidad ni dedicación exclusiva.

---

5. Francisco Rosende: Instituciones del Crecimiento Económico (Centro de Estudios Públicos, 2008) p. 25. Traducción del propio autor, a partir de trabajos de Douglas North (1990).

A pesar de este buen funcionamiento, los profundos e importantes cambios en la estructura económica del país<sup>6</sup> transformaron radicalmente el escenario en el que nació y sobre el cual operó hasta entonces la institucionalidad de defensa de la libre competencia. Esto implicaba mayores complejidades y exigencias, y no hacía viable seguir descansando sobre organismos débilmente constituidos.

Atendido lo anterior, uno de los grandes avances logrados con la Ley 19.911 fue la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que reemplazó a las Comisiones Preventivas y la Resolutiva. El objeto de su creación es fortalecer el órgano jurisdiccional encargado de resolver los conflictos en esta materia. *“El proyecto crea las condiciones necesarias para que las personas llamadas a analizar y decidir los posibles atentados a la libre competencia reúnan requisitos de excelencia profesional y alta dedicación, bajo un esquema de separación de funciones e independencia”*<sup>7</sup>.

Sin embargo, y más importante aún para efectos de este estudio, es una segunda medida adoptada, que aprobó la eliminación del carácter penal de las sanciones para conductas que atenten contra la libre competencia. La principal razón, es que aquellas resultaban ineficaces como factor disuasivo, pues tenían escasa aplicación práctica. La ley, como contrapartida, propuso el aumento de los montos de las multas, haciendo solidariamente responsables a los administradores de las empresas que incurrieren en estas contravenciones.

Sumado a lo anterior, la supresión de las penas corporales y el establecimiento de penas administrativas significaba un fortalecimiento de la nueva institucionalidad, ya que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia podría no sólo investigar y resolver los casos sometidos a su conocimiento, sino también dictar instrucciones de carácter general aplicables a los particulares y ejecutar directamente sus propias resoluciones.<sup>8</sup> Estos últimos cambios permitirían cumplir de manera más eficiente con el objetivo de inhibir las conductas contrarias a la libre competencia.<sup>9</sup>

### **Ley N° 20.361 de 2009, que modifica el DFL N° 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia**

Las modificaciones que había introducido la Ley N° 19.911 que creó los Tribunales de Defensa de la Libre Competencia estuvieron vigentes por dos años aproximadamente. Su funcionamiento era

---

6. Cambios que permitieron la participación privada en casi todos los sectores productivos y a la integración de Chile en la economía global.

7. Mensaje de Presidente de la República N° 132-346, con el que inicia un Proyecto de Ley que Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Boletín N° 2944-03, mayo de 2002) p. 2.

8. Esa facultad no la tenía el órgano anterior respecto de las sanciones penales.

9. A este respecto, ver Informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Economía, Fomento y Desarrollo recaído en el Proyecto de Ley que Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Boletín N° 2944-03, mayo de 2002), exposición Subsecretario de Economía, Fomento y Reconstrucción de la época, señor Álvaro Díaz Pérez, p. 17.

eficiente y estaba respaldado por su consistente jurisprudencia, que era respetada tanto por la comunidad como por los usuarios.

Aún así, el Gobierno, luego de analizar y determinar en la práctica cuáles disposiciones habían sido más eficaces para resguardar los bienes jurídicos protegidos, propuso –entre otras cosas– aumentar la multa que sanciona a los infractores, e incorporar la “Delación Compensada”, para incentivar la revelación de antecedentes o hechos contrarios a la libre competencia. Esta institución permite la persecución de estas infracciones de manera eficaz, mediante la concesión de beneficios significativos –que permiten rebajar e incluso dejar exento de las multas– a quien revele, fundadamente, la existencia de una conducta en la cual ha participado. Como señalaba el Mensaje Presidencial: *“Ello representa doctrinariamente un “puente de plata” desde la sanción a su exención, basado en una política orientada principalmente a la eficacia de la detección temprana de un ilícito que puede provocar significativos daños en un mercado (...). Esta concepción es concordante con legislaciones de otros países, y puede convertirse en un mecanismo que contribuya no sólo a aumentar la comprobación de ilícitos, sino particularmente a inhibir su comisión, por el riesgo que asumen todos los que participan en su preparación de ser descubiertos por los mismos que intervienen en la conducta”*.<sup>10</sup>

Antes de esta modificación, muchos especialistas consideraban que la Delación Compensada era la herramienta que faltaba a nuestra regulación para la efectiva defensa de la libre competencia, por lo que con su inclusión significó la modificación más relevante y la culminación de un proceso de décadas de duración.

### **Proyecto de ley que sanciona penalmente la colusión**

Hoy, luego de varias décadas de vigencia de la regulación antimonopolio, el Congreso Nacional estudia un proyecto de ley que busca imponer penas por delitos contra la libre competencia, iniciativa que ha sido impulsada por parlamentarios como respuesta al gran impacto público que generó el caso de la colusión de precios de las cadenas farmacéuticas y que el Gobierno anterior recogió en los mismos términos, a través de una indicación sustitutiva.

El proyecto en estudio “actualmente en la Cámara de Diputados, en primer trámite constitucional– pretende restablecer un tipo específico que sancione penalmente a los intervinientes en los atentados más graves contra la libre competencia, como es el caso de la colusión. Lo que se busca con el establecimiento de sanciones personales más duras es disminuir acciones concertadas de representantes y administradores de empresas que estén dirigidas a fijar precios, ya que incidirían negativamente en el interés económico general, restringiendo elementos esenciales del mercado.

---

10. Mensaje del Presidente de la República N°134-354, con el que inicia un Proyecto de Ley que Modifica el DFL N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (Boletín N° 4234-03, junio de 2006) p. 10-12.

Al analizar la regulación vigente, nos encontramos con que el legislador, hace algunos años tomó una decidida opción por las multas administrativas, desechando las penas de cárcel por creer que su desproporción era un incentivo directo a no sancionar las conductas de colusión. Cabe, entonces, preguntarse si efectivamente es mejor volver a las penas penales existentes hace algunos años, o mantener y fortalecer la sanción vigente.

En su momento, ni el Ejecutivo ni el Congreso llegaron a la conclusión de que había que volver a las penas de cárcel y, al contrario, decidieron confirmar las multas como el mejor método, reforzándolas con un aumento en ciertos casos.

La opción que hizo el legislador de derogar las penas de cárcel parece adecuada, como también los argumentos que modificaron tal régimen. Reponer una pena como la establecida originalmente -reclusión de hasta a 5 años-, es difícil de entender. En primer lugar, porque ha transcurrido poco tiempo -sólo siete años- desde que, a instancias del Gobierno, se suprimiera la sanción penal, reemplazándola por multas de carácter administrativo. Dicha modificación concitó amplio acuerdo, ya que la norma de aquella época -que al igual que las propuestas actuales también establecía cárcel para los infractores y que estuvo vigente durante tres décadas- tenía nula aplicación práctica. En este sentido Jorge Streeter señaló: *“En el caso chileno y desde el punto de vista penal, el llamado delito de monopolio ha sido enteramente ineficaz y nunca nadie ha sido castigado por cometerlo. Ello no se debe a que jamás se hubiera incurrido en una conducta monopólica o en una colusión ilícita, sino que al hecho de que los órganos del Estado llamados a aplicar la ley, nunca han estimado del caso tratarla como una verdadera ley penal, considerándola como propia del ámbito económico, en que incluso las infracciones más graves, no merecen la sanción prevista en la ley”*.<sup>11</sup>

Este cambio tuvo su explicación y fortaleza en la naturaleza misma de la economía, de los negocios y de la actividad mercantil en general, siempre cambiante y fuente de innovación: su esencia dinámica. Esto hace muy difícil establecer de manera precisa un tipo penal a sancionar, requisito básico en materia criminal para castigar una conducta, sin correr el riesgo de crear una “ley penal en blanco”. Entonces, es posible dudar, razonablemente, de por qué una medida como la propuesta tendría hoy una mayor eficacia, si el escenario es el mismo o, incluso, más complejo que hace diez años por el sólo avance de la economía.

Por otra parte, luego de que nuestro país sellara su incorporación a la OCDE, no podemos dejar de lado los estudios y recomendaciones que aquella organización ha hecho al respecto, aplicándolo a nuestra realidad<sup>12</sup>. Según conclusiones a que ha llegado este organismo, no se ha demostrado –ni

---

11. Informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Economía, Fomento y Desarrollo recaído en el Proyecto de Ley que Crea el Tribunal de Libre Competencia, Boletín N° 2944-03, mayo de 2002, página 10. Opinión de Jorge Streeter Prieto, abogado, profesor de derecho Económico de la Universidad de Chile.

12. Para mayor ahondamiento acerca de la posición de este organismo, recomendamos: OECD, Policy Roundtables, “Cartel Sanctions against Individuals”, October 2003; <http://www.oecd.org/competition>

nunca podrá demostrarse con exactitud por un problema de manejo y tratamiento de datos— que las sanciones penales corporales aumentan la disuasión de las conductas. Por ello, la OCDE respeta la incorporación de un tipo penal para casos de colusión, pero no necesariamente la recomienda. Sí recomienda tener sanciones individuales, como son las pecuniarias, que aumentan la disuasión en el delito, siempre que el monto de la multa sea efectivamente pagado por el involucrado y no por la empresa.

Para este caso, resulta interesante resaltar que en Chile la ley contempla sanciones individuales, como son las pecuniarias. Las multas podrán ser impuestas a directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo, sin que puedan pagarse por la persona jurídica en la que ejercieron funciones ni por los accionistas o socios de la misma. Con este último inciso Chile cumple el requisito de efectividad de las penas pecuniarias.

A este respecto, las multas establecidas como máxima sanción probablemente no han sido aplicadas porque ninguno de los casos que han ocurrido hasta ahora ha tenido la importancia suficiente para llegar al máximo legal, lo que lejos de debilitar la normativa vigente, habla bien de su fortaleza. Es decir, con la ley efectivamente se previenen los grandes atentados y los que hay, por regla general, son menores.

## Conclusión

Después de casi cuatro décadas desde sus primeras normas, la institucionalidad creada protege, hasta el día de hoy, de buena forma los principios económicos que rigen en nuestro país, dentro de los cuales la libre competencia juega un rol preponderante. La creación de instituciones y tribunales especiales, de leyes y otras medidas —como la Delación Compensada y las nuevas herramientas entregadas a la Fiscalía Nacional Económica para investigación— merecen un poco más de tiempo para demostrar su eficacia.

Como dice una experta: *“siempre es conveniente cuestionar la creación de leyes que van a tener escaso impacto práctico y, en consecuencia, que pueden tender a desprestigiar una institución más que reforzarla”*.<sup>13</sup>

---

13. Entrevista personal realizada a María Elina Cruz, Profesora Derecho Comercial UC, Coordinadora de Investigación Centro de Libre Competencia UC, PhD en Economía University of Bristol (UK), Abogado Pontificia Universidad Católica, de 28 de enero de 2010.