CONTRA LA NEUTRALIDAD VALORATIVA DE LAS SANCIONES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Ma. Soledad Krause M.

CeCo
CentroCompetencia

Contra la neutralidad valorativa de las sanciones en el derecho de la competencia

Enero 2020

Ma. Soledad Krause M.

Abogada, Universidad de Chile. Doctora en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidad Pompeu Fabra; Magíster en Filosofía, Universidad de Chile; Máster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante. Actualmente es profesora en la Universidad Alberto Hurtado y la P. Universidad Católica de Chile. Trabaja como árbitro en la Cámara de Comercio de Santiago y como Consejera del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago.

Superada la discusión acerca la constitucionalidad de las sanciones administrativas, el esfuerzo dogmático y jurisprudencial se ha centrado en sujetarlas a control. La estrategia en el derecho chileno, al menos desde el año 1996[1], y que replica lo sucedido en el derecho comparado[2], ha sido afirmar la existencia de una potestad sancionadora general: el *ius puniendi estatal* y, en mérito al sistema que crea ese supra-concepto, acudir a lo penal para completar los vacíos conceptuales y de regulación que se advierten en lo administrativo sancionador.

En los últimos años, no obstante, se han venido en ensayar estrategias para dotar de independencia al derecho administrativo sancionador ante las dificultades teóricas y prácticas que ofrece la remisión *con matices* a los principios y garantías penales cuando se los intenta aplicar a los ámbitos sectoriales[3]. Semejante labor ha encontrado también justificación en razones de eficacia, las que han recibido un renovado interés con la cruzada por una r*egulación responsiva* que propugna, para alcanzar ese objetivo, una forma de intervención más flexible y con menos garantías[4].

Expresiones de esta *nueva* tendencia se advierten, por ejemplo, en las sentencias de la Corte Suprema que en los últimos años se pronuncian sobre el plazo de prescripción de la acción infraccional en los casos de ausencia de norma expresa[5]; en el reciente dictamen de la Contraloría General de la República que reafirma esa interpretación frente al mismo problema[6], y en materia de libre competencia, en la prevención de los

---

1. Con la sentencia del Tribunal Constitucional Nº 244 que se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley de Caza, sin perjuicio de algunos precedentes de la misma tendencia en sentencias de los tribunales ordinarios. Ver, Ma. Soledad Krause, "Caso 'Ley de Caza'" en *Casos destacados derecho penal: parte general,* **ed.** Tatiana Vargas (Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, 2015), 465- 474.

2. Ver, a modo ejemplar, Pablo Rando-Casermeiro, *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010), 69- 142.

3. De manera destacada, Alejandro Nieto, *Derecho administrativo sancionador,* (Madrid: Editorial Tecnos, 5a ed., 2011) 124-160, quien habla de sustantividad en el derecho administrativo sancionador. Entre nosotros sobre todo Raúl Letelier, "Garantías penales y sanciones administrativas", *Política Criminal* 12, Nº 24 (2017), 622- 689.

4. Philippe Nonet y Philip Selznick, *Law & Society in Transition: Toward Responsive Law* (New York: Transaction Publishers, 2001) *passim*; Louis Kaplow y Steven Shavell, "Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle", *Journal of Legal Studies* 32 (enero 2003), 331-362); Ian Ayres y John Braithwhite, *Responsive Regulation: Trascending the Deregulation Debate* (New York: Oxford University Press, 1992), 35- 53.

5. Esto se advierte, a modo ejemplar, en *Compañía Minera Zaldívar Limitada c/ Secretaría Regional Ministerial de Salud II Región,* Rol Nº 8420-2018, Sentencia Corte Suprema (2018); *Inmobiliaria e Inversiones Cardenal Caro c/ Fisco de Chile,* Rol Nº 16230-2018, Sentencia Corte Suprema (2019) y *Laboratorio Lafi Ltda c/ Instituto de Salud Pública de Chile,* Rol Nº 7904-2019, Sentencia Corte Suprema (2019); en las que se argumenta que la norma contenida en el artículo 2497 del Código Civil - cuando hace referencia a que las formas referidas a la prescripción "se aplican igualmente a favor y en contra del Estado"- regula expresamente la prescripción en materia administrativa sancionadora sin necesidad de acudir a la aplicación *supletoria.* A pesar de que existen varias sentencias en el mismo sentido, la solución ofrecida no puede estimarse pacífica si se tiene en cuenta la diversidad de respuestas que, históricamente, se han ofrecido a este mismo problema, y la circunstancia de que los argumentos invocados no son diversos de los que llevaron a una solución diferente en el pasado.

6. Dictamen Nº 24.731 de 2019, con el que la Contraloría General de la República modifica la jurisprudencia consistente de casi veinte años referida a que el plazo de prescripción de la acción infraccional era de 6 meses a falta de regulación expresa. El cambio de criterio no obedece a nuevas razones, sino a la valoración diferente de aquellas ya expuestas reiteradamente por la doctrina y la jurisprudencia previas.

ministros Tapia y Arancibia en la sentencia rol Nº 160 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC)[7].

Con miras a conseguir ese objetivo, los defensores de esta postura han dado renovados aires a la pretendida diferencia *esencial o cualitativa* entre lo administrativo sancionador y lo penal[8]; y han afirmado una cercanía conceptual entre el derecho administrativo sancionador y el derecho civil; de ahí que, sostengan, deba tenerse a este como *derecho común* para completar las lagunas normativas del primero o, de manera más radical, a las sanciones administrativas como *obligaciones civiles*, lo que volvería improcedente el que ellas queden sujetas a las garantías penales de manera supletoria.

Esta solución, que recuerda el debate histórico acerca de la naturaleza de lo administrativo sancionador, y que obedece a la misma preocupación –falta de suficiente densidad normativa para garantizar los derechos de los ciudadanos– transita ahora en un sentido opuesto. En el universo de la responsabilidad que se debate entre sus dos extremos, civil y penal, se abraza ahora la vereda civil, poniendo el acento en el contenido pecuniario de las medidas que se imponen al administrado.

Una argumentación como la mencionada descansa en un enfoque consecuencialista que centra su atención únicamente en el *output* del sistema, y que omite tener en cuenta su presupuesto (¿por qué se impone?) y el procedimiento (¿en qué contexto?). De ello da cuenta la transformación del lenguaje al que obliga a quienes la defienden: las infracciones pasan a ser denominadas *incumplimientos* y las sanciones, simples *medidas* u *obligaciones.*

Un análisis como el mencionado deja fuera toda dimensión de *significado* en las sanciones. Ellas dan cuenta de valoraciones sociales aplicadas al caso concreto, y son las consecuencias, en el mundo material o fáctico, de un reproche que socialmente se dirige a quien ha infringido una norma. Cualquiera sea la extensión e

7. En la mencionada sentencia, a propósito del estándar de prueba que estiman aplicable en materia de libre competencia y que los ministros Tapia y Arancibia identifican como el propio del derecho civil (*balance de probabilidades*), los autores de la prevención: (i) afirman que el estándar de prueba aplicable depende fundamentalmente "de la naturaleza de la responsabilidad imputada", diferenciando entre la responsabilidad patrimonial (que dicen se regiría por el estándar civil) y la penal (de más allá de toda duda razonable por la mayor imputación moral y de retribución que conlleva); (ii) sostienen que la responsabilidad por atentados a la libre competencia es civil porque las normas de libre competencia serían parte de la regulación económica, que consiste en asegurar instancias de interacción eficiente entre partícipes con la imposición de cargas públicas o de obligaciones de dar, hacer o no hacer que son avaluables económicamente, cuyo incumplimiento genera responsabilidad patrimonial infraccional en la mayoría de los casos; (iii) argumentan que la función del TDLC sería hacer efectiva la responsabilidad patrimonial o compensatoria del infractor por atentar en contra del interés público de libre competencia "que tienen por objeto imponer nuevas cargas públicas u obligaciones de dar, hacer o no hacer, de naturaleza civil, para efectos de corregir el incumplimiento presente de las obligaciones regulatorias legales y disuadir las infracciones futuras", que esas potestades "obedecen precisamente a la lógica del cobro y prevención de deudas causadas por infracciones obligacionales", de ahí que "su única diferencia con la responsabilidad contractual privada radica en el origen de la obligación –que es legal (cfr. Artículo 1437 del Código Civil)– y en el interés afectado –que es público– pero no en la naturaleza infraccional de la responsabilidad y en su estatuto probatorio" (C. 14º de la prevención). Sostienen, a continuación que las potestades del Tribunal no corresponden al ejercicio de *ius puniendi* con o sin matices porque "de lo que se trata es corregir incumplimientos pendientes y riesgos de incumplimientos futuros de obligaciones regulatorias de naturaleza civil o avaluables pecuniariamente mediante la imposición de nuevas obligaciones novatorias, moratorias o disuasivas con respecto a las obligaciones incumplidas. En consecuencia, la relación material del órgano sancionador con el infractor es de carácter obligacional, no penal, aun cuando el interés perseguido sea público" (C. 15º de la prevención); y que el derecho de la libre competencia más que un *ius puniendi* sería "un ius corrigendi, pues persigue corregir antes que penar conductas". Luego, para efectos de determinar la ley aplicable a las infracciones y la cuantía de la multa a imponer en una colusión que estuvo en ejecución bajo la vigencia de varias leyes, afirman que "la sanción aplicada en sede de libre competencia no se rige por el ius puniendi sino por aquellos propios del ejercicio de potestades de policía correctivas u obligacionales" (C. 28º de la prevención) de manera que "a consecuencia de que no se está en presencia de una aplicación del ius puniendi, el régimen sancionatorio en este caso no se debe regir por el criterio de la última ley aplicable al delito continuado (…) pues ambos están fundados en principios de orden penal no aplicables al ejercicio de potestades administrativas en el ámbito regulatorio" (C. 31º de la prevención) y "dado que la regulación económica consiste en la imposición, por razones de interés público, de obligaciones de dar, hacer o no hacer, la infracción regulatoria consiste simplemente en un incumplimiento obligacional y no en la realización de una conducta típica punible" (C. 33º de la prevención) agregando que "la sanción administrativa de la colusión consiste simplemente en la imposición de nuevas obligaciones por haber infringido una obligación regulatoria de igual naturaleza. En otras palabras, el plano jurídico en que se desenvuelve este derecho es obligacional y no penal" (C. 34º de la prevención). No es materia de este artículo referirse críticamente a la argumentación contenida en esta prevención. No obstante lo anterior, me parece que varias de las afirmaciones que allí se contienen merecen comentarios (i) el estándar de prueba más que referido a la naturaleza de las cosas, conlleva una decisión política acerca de la distribución del costo del error, el que se realiza teniendo en cuenta varios criterios, dentro de los que se cuentan las consecuencias jurídicas que se imponen (entre más graves, más resguardos), y los sujetos interesados en el proceso (particulares entre sí que amerita cierta indiferencia en la distribución, o el Estado en relación con particulares que justifica cierto desbalance); (ii) en materia de estándar de prueba civil, la igualdad de distribución de los costos de error dice relación, sobre todo, con la igualdad en la posición de las partes frente al derecho; (iii) que las normas de sanción de libre competencia estén llamadas a afirmar la vigencia de normas que regulan ámbitos de actividad no les resta su carácter de norma de sanción, vale decir, de normas que tienen como antecedente una infracción y que manifiestan un reproche social por una actuación contraria a derecho; (iv) calificar como civil todo lo evaluable pecuniariamente no se condice con la circunstancia de que existen también penas pecuniarias; y (v) afirmar que la finalidad o función de la pena es solo retributiva, desconoce toda la evolución que considera las funciones preventivas positivas y negativas, generales y especiales, de esta.

8. El debate acerca de la diferencia cualitativa o cuantitativa entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador se encuentra en el origen mismo de la disciplina. Ver, a modo ejemplar, Manuel Gómez e Ignacio Sanz, *Derecho administrativo sancionador. Parte General* (Madrid: Aranzadi-Thomson Reuter, 2010) y Luis Rodríguez, "Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas", *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,* Nº 11 (1987), 117- 163.

intensidad de ese reproche, las sanciones tienen un componente simbólico, del que no parece razonable ni necesario y, más aún, del que resulta indeseable, prescindir.

Para desarrollar este argumento quizá convenga, primero que nada, distinguir. El artículo 1º del Decreto Ley Nº 211 menciona que las medidas que puede adoptar el TDLC pueden estar destinadas a que las conductas sean "corregidas, prohibidas o reprimidas en la forma y en los términos previstos en la ley" y el artículo 3º, que quien ejecute o celebre cualquier acto o convención que atente en contra de la libre competencia "será sancionado con las medidas señaladas en el art. 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de esos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso".

Las reglas precitadas dan cuenta de que la institucionalidad *antitrust* no solo faculta al órgano adjudicador a imponer sanciones para el responsable ("será sancionado con las medidas señaladas en el art. 26 de la presente ley"), sino que también otras consecuencias jurídicas que tienen como antecedente más que su responsabilidad, su peligrosidad ("sin perjuicio") y en que el ilícito pasado –más que el fundamento de la reacción– sirve de *indicio* del riesgo frente a la que se reacciona con medidas destinadas, sobre todo, a prevenir.

Dado que las medidas fundadas en la responsabilidad y la peligrosidad tienen lógicas diferentes[9], en lo que sigue, me referiré a las sanciones en un sentido estricto.

La sanción no tiene, en este ámbito, un contenido diverso del que se advierte en el sistema general de derecho, sino que resulta común a la institución de responsabilidad, cualquiera sea el ámbito en que se manifieste y cualquiera sea la denominación que, en definitiva, se le dé. Se trata, por lo tanto, de una privación de derechos o de posibilidades de actuación de un sujeto, que es consecuencia (un acto perlocucionario) de una declaración: la responsabilidad del sujeto por el hecho cometido y que se estima como infractor de las reglas vigentes[10].

Tres constituyen, pues, los elementos definitorios de este concepto: su contenido de gravamen, su antecedente en la infracción de la norma, y su imposición por el Estado en una relación de poder respecto del ciudadano.

No parece necesario detenerse en el primero de ellos. El contenido gravoso que puede revestir una sanción admite muchas formas diversas: modificar o poner término a vínculos jurídicos, modificar o disolver sociedades, corporaciones u otras personas jurídicas, multas, prohibición de contratar con entidades públicas o inhabilidades. Todas esas sanciones son *retributivas,* toda vez que reaccionan frente a una infracción de la norma[11]. Y, en el caso del sistema de libre competencia, son además, *punitivas,* en la medida en que carecen de la aptitud de restablecer el mal que ha padecido la víctima del ilícito[12]. En otras palabras, en razón de su contenido, la sanción constituye un *mal* con el que se reacciona frente a *otro mal* (la infracción). De este modo, la sanción que se aplica en este ámbito tiene como límite no el perjuicio padecido por la víctima, sino la medida del reproche que se dirige socialmente al sujeto (aunque la entidad de ese reproche pueda exigir que se tenga en cuenta también el daño).

---

9. Ma. Soledad Krause, *Responsabilidad: lo unitario en los sistemas civil y penal* (Santiago de Chile: Thomson Reuter, 2015), 120- 256.

10. Como nota distintiva de la sanción la contrariedad a derecho, José Suay, "El derecho sancionador: perspectivas de reforma", *Revista de Administración Pública,* Nº 109 (1986), 194- 195: "Si no es posible referir a un sujeto la realización de un comportamiento prohibido por la norma, no cabe hablar en puridad de una sanción administrativa".

11. Herbert Hart, "Postscript: Responsibility and Retribution" en *Punishment and Responsibility,* Herbert Hart (Oxford: Clarendon Press, 1968), 217.

12. Norberto Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico* (Turín: G. Giappicheli Editore, 1994), 319.

El segundo de los elementos definitorios del concepto de sanción, dice relación con el antecedente: la infracción de la norma. Se trata de una conducta del agente responsable que se opone –infringe o incumple– lo prohibido u ordenado, de manera tal que ésta se puede generar tanto por comportamientos activos como omisivos. En ese sentido, la potestad sancionadora es *retributiva,* pues se ejerce luego de la ejecución de un hecho que es constitutivo de infracción, de ahí que no pueda identificarse con cualquier medida de fuerza institucionalizada[13].

El tercero de los elementos se relaciona con quien impone la sanción y el contexto en que ello tiene lugar. En este caso, se trata de un órgano adjudicador que tiene la particularidad de ser un tribunal[14], y en el contexto de una relación de poder autoridad-ciudadano. La particularidad que vuelve la libre competencia una expresión de lo administrativo sancionador no es el carácter administrativo de quien impone la sanción, sino la intervención de un órgano administrativo (la Fiscalía Nacional Económica) que sustenta de manera prioritaria la pretensión, y que actúa en tutela del bien jurídico supraindividual. Ese *interés* de la Administración en la imposición de la sanción, me parece, ofrece una característica que diferencia esencialmente esta regulación sectorial de lo civil: quienes intervienen en el proceso sancionador no están en una misma posición frente al órgano encargado de la adjudicación de manera que pudiera afirmarse la concurrencia de una cierta *indiferencia* en la distribución del coste del error que justifique, entre otras consecuencias, un estándar probatorio de prueba prevaleciente.

Si se tienen a la vista las características propias de las sanciones, no parece ajustado a su naturaleza en tanto instituciones sociales, ni al fenómeno que conlleva su imposición, caracterizarlas como simples consecuencias económicas.

Ni el proceso destinado a establecer la responsabilidad, ni la declaración misma, tienen un contenido valorativo neutro, que pueda ser explicado o reconducido a la imposición de una simple obligación que debe ser cumplida por el sujeto responsable. No es lo mismo ser condenado que ser el destinatario de una norma que impone una carga o un tributo. Aunque en ambos casos pesa sobre el sujeto una consecuencia jurídica gravosa, el origen y el significado de esa carga, difieren de manera evidente.

El restar significado a las sanciones, y transformar su contenido en uno puramente obligacional genera riesgos en la interpretación de las reglas sociales, en la coherencia de la reacción sancionadora frente a riesgos relevantes, y puede crear privilegios para ciertos ilícitos que no resultan razonables ni justificados.

Como señaló hace años Sutherland para referirse a los delitos de *cuello y corbata,* la sola circunstancia de que estos se encuentren sujetos a un estatuto diferente, administrativizado, constituye un privilegio para los potenciales responsables, precisamente porque el contenido simbólico y de reproche de esta reacción es disminuido, contribuyendo a que el delincuente económico no pierda su estatus ni se conciba a sí mismo como infractor[15]. Algo similar puede predicarse aquí: un examen neutral y consecuencialista de las sanciones administrativas puede convertirse en un verdadero privilegio para los agentes económicos que infringen las normas de la libre competencia.

---

13. Miguel Bajo, "La unidad del derecho sancionador" en *Estudios Jurídcos en homenaje al profesor Luis Diez Picasso,* Tomo IV, coord. Antonio Cabanillas, (Madrid: Civitas, 2002), 4.

14. Lo que determina que la libre competencia pueda estimarse una manifestación *híbrida* de la potestad sancionadora del Estado, fuera del núcleo de lo que tradicionalmente se ha definido como tal.

15. Edwin Sutherland, *The White Collar Crime*, trad. Rosa del Olmo (Madrid: La Piqueta, 1999), 261- 275.

Si la finalidad de un movimiento como este es el de dar independencia a lo administrativo sancionador frente a lo penal, o asegurar la *responsividad* de la regulación frente a tendencias maximalistas en la interpretación de las garantías, habrá que dedicar más esfuerzos a desarrollar la parte general del derecho de la libre competencia, y aquellas especificidades que plantea su sistema en relación con otros regímenes de responsabilidad y, en concreto, el penal. Pero no es necesario olvidar el significado de las herramientas de intervención estatal para afirmar esa independencia, ni tampoco negar sus caracteres definitorios en el esquema del ordenamiento jurídico para ofrecerles mayor eficacia. Si procede la flexibilización, lo que habrá que discutir, será en base a las particularidades de la institucionalidad y serán estas las que, por lo mismo, le confieran legitimidad.

En tiempos en los que el afán punitivista parece la única respuesta al vaciamiento de significado jurídico en diversos ámbitos, me parece un imperativo urgente recuperar el contenido simbólico de las sanciones en el ámbito sancionador administrativo y particularmente en materia de libre competencia. La neutralidad valorativa es un privilegio que no podemos conceder a los responsables por tan graves atentados.

Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/

Cómo citar este artículo:
María Soledad Krause, "Contra la neutralidad valorativa de las sanciones en el derecho de la competencia", *Investigaciones CeCo* (enero, 2020),
http://www.centrocompetencia.com/investigaciones

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile