



“AGENDA ANTIABUSOS” Y LIBRE COMPETENCIA

Julio Pellegrini Vial y Diego Ramos Bascuñán

“AGENDA ANTIABUSOS” Y LIBRE COMPETENCIA

Enero 2020



Julio Pellegrini Vial

Es abogado de la P. Universidad Católica de Chile y LL.M. de la Universidad de Chicago. Actualmente es profesor de Derecho Civil y del Diplomado de Libre Competencia de la P. Universidad Católica de Chile. También ha sido profesor de Análisis Económico del Derecho en la misma casa de estudios. Es árbitro del Centro de Arbitrajes y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago y del Centro Nacional de Arbitrajes. Socio de Pellegrini y Cía.



Diego Ramos Bascuñán

Es abogado de la P. Universidad Católica de Chile. Tiene un LL.M. en la Universidad de Stanford y un diplomado en Derecho de la Libre Competencia en la P. Universidad Católica de Chile. Actualmente es profesor del Taller de Arbitraje y Litigación Internacional en dicha casa de estudios. Asociado de Pellegrini y Cía.

El pasado lunes 9 de diciembre el presidente Sebastián Piñera presentó la llamada “agenda antiabusos” a implementarse durante la segunda mitad de su periodo presidencial. La agenda contempla una serie de medidas para combatir con mayor dureza los distintos abusos en los mercados, con especial énfasis en el aumento de las sanciones penales a los delitos de colusión.

El anuncio y las medidas propuestas vienen a responder a un descontento social gatillado en parte por una sensación de abuso reiterado en los mercados, que al sentir ciudadano ha quedado impune. De hecho, conforme a la votación de más de 120.000 personas en la plataforma online de participación digital “Chilecracia”, una de las demandas sociales más relevantes de la ciudadanía es precisamente que los delitos de colusión sean sancionados con cárcel efectiva¹. No sorprende entonces que al presentar la agenda antiabusos, el presidente Piñera haya comenzado su discurso con la promesa de mayor severidad en la persecución y sanción de las colusiones.

En concreto, dentro de las medidas que contendrá la agenda antiabusos anunciada² destacan las siguientes tres: (i) el fortalecimiento de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) a través de nuevas herramientas para prevenir, investigar y denunciar los carteles; (ii) el aumento de las sanciones penales para los delitos de colusión, además de la imposición de penas de cárcel efectiva para aquellas colusiones que afecten bienes de primera necesidad; y, (iii) la creación de la figura del denunciante anónimo, para que cualquier ciudadano pueda, en forma anónima o con identidad protegida, denunciar todo tipo de delitos en el sector público o privado.

Sin perjuicio de que en el presente artículo se analiza en detalle cada una de las medidas propuestas, a modo de comentario general adelantamos desde ya que la agenda contiene lineamientos que para su implementación deberán ser plasmadas en una modificación legal, en particular del Decreto Ley N° 211 (DL 211) que contiene las normas de defensa de la libre competencia. Al respecto, tal como ha dicho el Fiscal Nacional Económico, Sr. Ricardo Riesco, al modificar la normativa de libre competencia hay demasiado en juego para Chile y su futuro³, por lo mismo es muy importante que los cambios se implementen de manera pausada y reflexiva, y, por sobre todo, considerando las opiniones de las autoridades y expertos en materia de libre competencia, tal como ocurrió con la última modificación legal del año 2016.

1. Plataforma digital de participación “Chilecracia”. Última visita: diciembre 16, 2019, <https://chilecracia.org/resultados>.

2. Un resumen de las medidas puede encontrarse en la página de noticias del Gobierno de Chile en el siguiente enlace: <https://www.gob.cl/agendaantiabusos/>.

3. Tamara Flores, “Fiscal nacional Económico pide que reformas anti colusión y abusos se debatan ‘alejados de Twitter’”, *El Pulso, La Tercera*, diciembre 16, 2019, <https://www.latercera.com/pulso/noticia/fiscal-nacional-economico-pide-reformas-anti-colusion-abusos-se-debatan-alejados-twitter/939101/>.

En particular, la implementación de nuevas modificaciones legales debe tener en consideración que, a diferencia de lo que pueda pensarse, el actual sistema de libre competencia ha demostrado ser sumamente eficiente en la detección y sanción de los carteles. De hecho, los grandes casos de colusión que han sido sancionados en los últimos años han podido ser detectados y perseguidos en gran medida gracias a las amplias facultades intrusivas de la FNE, como también a la delación compensada, considerada como la herramienta más efectiva en la detección de cárteles.

En relación con lo anterior, no podemos dejar de mencionar que la desinformación y el desconocimiento pueden llevar a generar una sensación equivocada de inmovilidad e impunidad, que opaca la robustez de nuestra institucionalidad y merma la calidad del trabajo realizado por nuestras autoridades los últimos años. Sin ir más lejos, los meses recientes nos han demostrado que en la ciudadanía existe una falsa sensación de que los delitos de colusión quedarían impunes, criticando que el sistema no funcione y que a la fecha nadie haya ido a la cárcel por coludirse.

Pero lo cierto es que desde el año 2016 existen penas privativas de libertad para la colusión, que pueden llegar hasta los diez años, siendo el primero de cárcel efectiva. Que a la fecha dicha sanción no se haya aplicado no es sinónimo de impunidad, sino que ello se debe única y exclusivamente a que la modificación legal que reinstaló la cárcel como pena para la colusión tiene tan solo tres años⁴ y, como toda sanción penal desfavorable, no puede operar retroactivamente. En otras palabras, solo podrían sancionarse carteles que se hayan ejecutado con posterioridad a la entrada en vigor de la última modificación legal. Y para aclarar cualquier duda que pueda existir respecto de la aplicación de la ley, destacamos que el mismo Fiscal Nacional Económico declaró públicamente, hace un par de semanas, estar investigando casos de colusión cometidos con posterioridad al año 2016, en los cuales se presentarán las querellas si corresponde⁵.

Si bien el esfuerzo por adoptar medidas que permitan aumentar la detección, persecución y sanción de las colusiones será de gran utilidad, el proceso de cambio social ha dejado en evidencia un grado no menor de desinformación y desconocimiento por parte de la ciudadanía respecto de nuestra normativa de libre competencia y del trabajo que realizan –y han realizado– nuestras autoridades de competencia en los últimos años. En consecuencia, todo indica que junto con el fortalecimiento de las medidas y el endurecimiento de las sanciones, se hace necesaria la implementación de una campaña de mayor difusión de la ley y de la labor que han realizado las autoridades encargadas de velar por la libre competencia. Y ello no solo en el mundo empresarial, sino también –y con especial énfasis– en el resto de la población, de manera que todos los ciudadanos estemos suficientemente informados de la realidad de nuestra normativa y del trabajo realizado. En este punto no podemos dejar de destacar que dicha idea ya había sido advertida visionariamente por el ex Fiscal Nacional Económico, Sr. Felipe Irarrázabal hace prácticamente diez años⁶.

En nuestro país sobresale la labor que ha desplegado la FNE para acercar el derecho de la competencia a la ciudadanía mediante seminarios, charlas y material informativo. En línea con lo anterior, también destaca la creación de la División de Estudios de la Fiscalía que este último tiempo ha realizado una notable labor investigativa en los distintos mercados para detectar falencias y deficiencias que requieren de corrección,

4. El DL 211 desde sus orígenes (1973) contempló la pena privativa de libertad para actos de colusión. Ella se mantuvo durante 30 años, nunca fue aplicada y fue derogada por el Pde. Ricardo Lagos el año 2003. Volvió a instalarse con la modificación del año 2016, de manera más estricta.

5. Flores, “Fiscal nacional Económico pide que reformas anti colusión y abusos se debatan ‘alejados de Twitter’”.

6. “El primero de los desafíos que hemos detectado tiene que ver la lógica con que opera el mundo empresarial en Chile. Es necesario promover cambios, de modo que tomen mayor conciencia de la ilicitud de ciertas prácticas, muchas de las cuales pueden estar arraigadas, tales como son contactos entre competidores por temas sensibles, y abusos indebidos por parte de empresas dominantes. En este sentido, el primer desafío que enfrentamos es el de aumentar los niveles de aplicación de la ley y con ello, de la libre competencia en nuestro país”. Felipe Irarrázabal, “El Sistema Chileno de Libre Competencia”, FNE, https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO_0001_2010.pdf.

asegurando condiciones de competencia en los mercados. Sin duda que dichos trabajos ayudan a difundir la importancia de la competencia a nivel nacional⁷.

En todo caso y sin perjuicio de los enormes esfuerzos realizados hasta el momento, podría ser recomendable que, además, se adopte una campaña promocional a nivel nacional, con la participación activa y colaborativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), la FNE y el Ministerio de Economía. Para ello pueden replicarse campañas de promoción que se han implementado a nivel internacional. Así, por ejemplo, en Inglaterra la autoridad de competencia se ha preocupado de que su campaña de información en materia de libre competencia haya puesto especial énfasis en los cárteles, de manera de generar mayor conciencia sobre los graves efectos de dichas conductas anticompetitivas para el mercado y los consumidores⁸.

En relación con lo anteriormente descrito, este trabajo pretende ilustrar en términos generales sobre el actual sistema de libre competencia vigente en nuestro país, con especial énfasis en las normas que permiten detectar y sancionar los delitos de colusión, para luego analizar en detalle las tres medidas de libre competencia contenidas en la agenda antibusos recién anunciada.

REGULACIÓN Y SANCIONES ACTUALES PARA LOS DELITOS DE COLUSIÓN

Chile es uno de los países de la región con mayor tradición en la regulación del derecho de la libre competencia. De hecho, hace más de 60 años que tenemos normas de competencia en materia industrial y comercial, las que actualmente se encuentran recogidas en el DL 211, cuya primera versión del comienzo de la década de los años 70 ha sido modificada cuatro veces.

Para efectos del presente artículo, las modificaciones más relevantes fueron los cambios introducidos el año 2009 mediante la Ley N°20.361 y el año 2016 a través de la Ley N°20.945.

La modificación del año 2009 tuvo por objeto perfeccionar las herramientas para combatir los carteles, a través del incremento de las facultades investigativas de la FNE, del aumento de las multas para la colusión y la extensión del tiempo de prescripción para perseguir los carteles. Sin embargo, la gran novedad de esa modificación legal fue la creación de la figura de la delación compensada, que permite a los miembros de un cartel eximirse total o parcialmente de las multas si delatan la colusión a la FNE y colaboraran activamente en su investigación⁹.

Por su parte, el año 2016 y luego de varios meses de trabajo interdisciplinario que incluyó la participación de diversos actores de la industria, incluyendo expertos, académicos y distintas asociaciones de la sociedad

7. De hecho, de manera indirecta, en su discurso de presentación de la agenda antibusos reconoció el valor de los estudios realizados por la FNE. En concreto, si se analiza con detención el discurso del presidente notamos inmediatamente que promete cambios en industrias relacionadas con los textos escolares, notarios, conservadores y medicamentos. Todos mercados que fueron investigados en los últimos años precisamente por la División de Estudios de la FNE, la que detectó distintos problemas de competencia en cada uno de ellos, publicando al efecto los correspondientes informes y recomendaciones.

8. De manera solamente ejemplar, el gobierno inglés elaboró y mantiene una página web ("Stop Cartels") especialmente dedicada a informar sobre los graves efectos de la colusión, sobre sus sanciones y modos de prevenirlas. La página web puede ser consultada en el siguiente link: https://stopcartels.campaign.gov.uk/#safely_report_illegal_cartels.

9. Al respecto, hacemos presente que la introducción de esta medida sumamente útil para la detección de carteles generó polémica. En efecto, la delación compensada tiende a inhibir los carteles, sin embargo, hay quienes sostuvieron que la herramienta podría funcionar en el sentido inverso, atendido que la posibilidad que tiene el delator de exonerarse de la multa (total o parcialmente) disminuye el efecto disuasivo de la sanción, siendo más rentable coludirse (y eventualmente delatar) que no coludirse. A mayor abundamiento, véase la columna: Julio Pellegrini, "Tribuna. Nuevas medidas para combatir la colusión", *Revista Capital*, abril 9, 2008, <https://www.capital.cl/tribuna-nuevas-medidas-para-combatir-la-colusion/>.

civil, se introdujeron las más recientes y relevantes modificaciones que se han hecho a nuestra normativa en libre competencia, desde su creación.

Entre dichos cambios, destaca la introducción del estándar *per se* para sancionar los carteles “duros”, esto es aquellos acuerdos entre competidores para fijar precios de compra o de venta, para limitar la producción, para asignarse cuotas o zonas de mercado, o para afectar el resultado de procesos de licitación. De esa manera, actualmente para sancionar dichas conductas colusorias basta con acreditar su existencia, sin necesidad de probar, además -como ocurría antes- poder de mercado de los involucrados.

Adicionalmente, como se adelantó, se reestableció la sanción de cárcel para la colusión (que había sido eliminada el año 2003), con penas que van desde tres años y un día a diez años, sin posibilidad de acceder a penas sustitutivas hasta que se haya cumplido al menos un año de cárcel efectiva, lo que no estuvo exento de debate y polémica¹⁰.

En concordancia con ese cambio, se actualizó también la figura de la delación compensada, para extender sus beneficios de exención o disminución de la pena a la sanción penal. Lo anterior fue de toda lógica, porque de otra manera se habría debilitado la herramienta que, a la fecha, ha sido por lejos la más eficaz en la detección de cárteles. Resulta evidente que nadie iba a estar dispuesto a delatarse para eximirse de una multa, pero ir a la cárcel. Era necesario hacer extensivos los beneficios de la delación compensada también a la pena privativa de libertad.

Pero no solo eso. Adicionalmente, y para generar un fuerte desincentivo económico, se aumentaron severamente las multas para todo tipo de conductas anticompetitivas, incluyendo por cierto la colusión. Así, si antes la multa máxima alcanzaba el monto de 30.000 Unidades Tributarias Anuales (UTA) para casos de colusión y 20.000 UTA para las demás infracciones, al día de hoy la multa puede llegar hasta el doble del beneficio económico reportado por el cartel o hasta un 30% de las ventas en la línea de productos afectados por la colusión. Por su parte, para aquellos casos en los que no existe un beneficio económico o un monto de ventas que calcular (piénsese por ejemplo en el caso de una asociación gremial), la multa puede alcanzar la suma de 60.000 UTA.

Además de las sanciones ya referidas, las compañías infractoras se exponen a demandas de indemnización de perjuicios. De esa manera, aparte de las multas y la eventual sanción penal, las entidades económicas involucradas en un cartel pueden ser objeto de nuevas demandas indemnizatorias de los perjuicios ocasionados a propósito de la colusión.

Así las cosas, es prácticamente indudable que nuestra legislación actual sanciona severamente las colusiones. De hecho, si miramos la experiencia internacional, el sistema de competencia chileno está a la altura de las legislaciones comparadas más desarrolladas en lo que se refiere a la penalización de la colusión. Sin ir más lejos, la ley chilena contempla las mismas sanciones penales que la legislación de Estados Unidos. Incluso más, nuestra normativa de competencia va incluso más allá que muchos países de la Comunidad Europea en la persecución y sanción de los carteles. De hecho, de manera solamente ejemplar, las legislaciones de países como Inglaterra, Alemania y Francia contemplan sanciones penales mucho más bajas que la chilena (hasta por un máximo de cinco años de presidio)¹¹, mientras que países como España o Bélgica, ni siquiera consideran penas de cárcel para las colusiones¹².

10. Al respecto, véase: Centro de Estudios Públicos, “¿Cárcel para la colusión? Seis opiniones”, *Puntos de Referencia* N°409 (agosto 2015), <https://www.cepchile.cl/cep/puntos-de-referencia/puntos-de-referencia-2015/carcel-para-la-colusion-seis-opiniones>.

11. A mayor abundamiento, dentro de los países que contemplan sanciones más bajas que Chile para la colusión encontramos a Dinamarca (entre 18 meses a 6 años); Grecia (hasta 2 años); Irlanda (6 meses); Israel (3 a 5 años); Nigeria (2 años); Noruega (3 años); Rumania (entre 6 meses a 5 años); y, Sudáfrica (6 meses), entre otros.

12. Por su parte, dentro de la lista de países sin cárcel para la colusión podemos mencionar además a Argentina; China; Chipre; Ecuador; Finlandia; Holanda; Hong Kong; India; Indonesia; Lituania; Malasia; Nueva Zelanda; Perú; Portugal; República Checa; Rusia; Serbia; Suecia; Suiza; Singapur; Taiwán; y, Ucrania, entre otros.

Pues bien, atendido todo lo anterior, cabe preguntarse si la actual robustez y solidez de nuestra institucionalidad y de la actual regulación, justifican la introducción de nuevas modificaciones para evitar casos de colusión y para aumentar su detección.

Desde ya adelantamos que creemos que la actual normativa es suficientemente severa y castiga fuertemente los delitos de colusión, a la vez que entrega a la autoridad las herramientas necesarias para una oportuna prevención, correcta sanción y adecuada fiscalización de los carteles. Sin embargo, como toda regulación, siempre es perfectible y todas aquellas propuestas que complementen o perfeccionen la actividad persecutoria y sancionatoria de las conductas anticompetitivas es bienvenida. Precisamente por ello es que se hace necesario analizar en detalle las distintas propuestas contenidas en la agenda antiabusos para determinar si efectivamente son un aporte para la labor de la autoridad y si colaboran a evitar la impunidad.

FORTALECIMIENTO DE LAS FACULTADES DE LA FNE

Como primera medida de su agenda, el presidente propuso “[f]ortalecer la Fiscalía Nacional Económica, Organismo Público que debe velar por la libre competencia, con nuevas herramientas para prevenir, investigar y denunciar los carteles y las conductas anticompetitivas, herramientas como el alzamiento del secreto bancario y la protección de las pruebas físicas o digitales de conductas anticompetitivas”¹³.

Al respecto, es importante reiterar en primer lugar que desde el año 2009 la Fiscalía cuenta con amplias facultades intrusivas para detectar y perseguir carteles¹⁴, lo que sumado a la introducción de la figura de la delación compensada ha convertido a la agencia de competencia en una de las más eficientes de la región. De esa manera, no podemos olvidar en ningún momento que la FNE ya tiene a su disposición una serie de herramientas para investigar y perseguir carteles que ha demostrado ser sumamente útil y eficiente.

Ahora bien, sin perjuicio de que no se ha detallado suficientemente en qué consistirán las nuevas herramientas con las que se intentará reforzar la labor investigativa de la Fiscalía, el presidente en su discurso mencionó, sin mayores explicaciones, que se dotaría a la Fiscalía con “herramientas como el alzamiento del secreto bancario y la protección de las pruebas físicas o digitales de la investigación”.

De las mismas palabras del presidente se desprende que las herramientas anunciadas son solo ejemplares (de ahí el uso del adverbio “como”), por lo que tendremos que esperar para conocer con detalle en qué consisten todas las nuevas herramientas con la que contará la Fiscalía. En cualquier caso, y sin desmerecer en ningún momento el destacable esfuerzo que se está realizando por dotar a esta agencia de competencia con más y mejores medios para combatir la colusión, es de esperar que las herramientas que finalmente se propongan sean más sustanciales y novedosas que las dos ya anunciadas.

13. Discurso completo disponible en: “Presidente Piñera presenta agenda anti abusos por un trato digno y justo: se establecen penas de cárcel efectiva para la colusión de bienes de primera necesidad como alimentos y remedios”, *Prensa Presidencia*, diciembre 9, 2019, <https://prensa.presidencia.cl/comunicado.aspx?id=135208>.

14. Conforme al artículo 39 letra n) del DL 211, estas nuevas facultades intrusivas, le permiten a la FNE, entre otras cosas, entrar y registrar recintos públicos y privados, con facultades de allanamiento y descerrajamiento, interceptación de toda clase de comunicaciones, incautación de cualquier medio de acreditación de la infracción, y la obtención de copias y registros de comunicaciones transmitidas o recibidas por empresas de telecomunicaciones.

En concreto, no se observa claramente cómo el alzamiento del secreto bancario podría ayudar a evidenciar carteles. Según la Ley General de Bancos el secreto bancario alcanza toda aquella información referida a los depósitos y captaciones que reciban los bancos, por lo que su alzamiento permitiría conocer los movimientos de las cuentas bancarias y los emisores y destinatarios de los distintos pagos. Pero resulta que a primera vista y sin mayores antecedentes, esta medida no pareciera ser tan sustancial para la detección de un cartel. Al respecto, no debemos olvidar que en la gran mayoría de los casos los principales indicadores de colusión son la existencia de precios que superan artificialmente los de un mercado competitivo o las participaciones que se mantienen inalteradas por un espacio prolongado en el tiempo. Por lo mismo, al menos en principio, no se observa una utilidad clara en el alzamiento del secreto bancario. Debemos esperar para ver cómo se plantea y diseña esta nueva herramienta para poder entender adecuadamente cuál es su utilidad práctica.

Por su parte, tampoco queda del todo claro a qué se quiso referir el presidente con la herramienta de *“protección de las pruebas físicas o digitales de la investigación”*. En principio podría entenderse que la proposición de esta *“nueva”* herramienta respondería a un supuesto problema o falencia de la Fiscalía en la recolección y manejo de las pruebas de la investigación. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que una de las muchas cosas en las que ha destacado la FNE en los últimos años es precisamente el cuidado de los antecedentes de la investigación, con un especial celo por la protección no solo de la integridad de los documentos, sino que también de su confidencialidad. En cualquier caso, el procedimiento de recolección de antecedentes no ha traído problemas que justifiquen adoptar medidas adicionales. Nuevamente se hace necesario poder ver en detalle cómo se planteará esta herramienta para poder concluir con autoridad si será un aporte real al trabajo de la Fiscalía.

Sin perjuicio de lo anterior, el propósito que existe detrás de esta medida es sumamente beneficioso y digno de destacar. Hoy prácticamente nadie discute la importancia de dotar a la Fiscalía de todas las herramientas que sean necesarias para poder detectar a tiempo los carteles, por lo que cualquier esfuerzo por conseguir ese fin es bienvenido. Adicionalmente, es recomendable que el diseño de estas nuevas herramientas se haga en cooperación con el TDLC y la FNE, pues esas dos autoridades son precisamente las que mejor conocen cuáles son las necesidades y dificultades que conlleva la labor investigativa y persecutoria.

AUMENTO DE LAS SANCIONES PARA LOS DELITOS DE COLUSIÓN

En segundo lugar, la agenda antiabusos del Gobierno propuso *“[a]umentar las sanciones penales con penas de cárcel efectivas, para los delitos de colusión cuando los bienes afectados sean de primera necesidad, como medicamentos o alimentos”*¹⁵.

En este punto no está de más recordar que nuestras autoridades de competencia han afirmado en reiteradas oportunidades que la colusión es la práctica más nociva para la competencia en los mercados. Lo anterior, toda vez que este tipo de conductas *“[...]aumenta los precios, contrae la oferta, reduce la variedad y calidad de los productos y afecta la eficiencia económica o tiende a producir dichos efectos. Con ello se perjudica a los consumidores, a las empresas y a la economía en su conjunto”*¹⁶.

15. “Presidente Piñera presenta agenda anti abusos por un trato digno y justo”.

Es por lo mismo que este tipo de conductas han sido activamente perseguidas y duramente sancionadas a nivel nacional e internacional¹⁷. Sin ir más lejos, el mismo TDLC ha resuelto que la colusión “*es de aquellas [conductas] que merece el mayor reproche para el derecho de la competencia, máxime cuando afecta el funcionamiento del mercado en materia de servicios esenciales para la comunidad*”¹⁸.

Así, hoy en día nadie cuestiona que las colusiones merezcan el mayor reproche desde un punto de vista de libre competencia, más todavía cuando afectan bienes de primera necesidad. Por ello 2016 se restableció la sanción de cárcel para este tipo de conductas, con penas que van desde tres años y un día a diez años, con un año de cárcel efectiva. Y lo cierto es que la FNE ya anunció que se encuentra investigando casos de posibles carteles ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor de la modificación del 2016, y que de ser necesario utilizará la facultad exclusiva que le otorga la ley para querellarse y solicitar las sanciones penales correspondientes¹⁹.

Por otra parte, analizando la experiencia comparada y la forma en la que se sancionan las colusiones a nivel internacional, Chile aparece como uno de los países con mayores penas de cárcel para los carteles. De manera solamente ejemplar, Estados Unidos, país pionero en estas materias, contempla las mismas sanciones penales que nuestro ordenamiento de competencia mientras que algunos países de la Comunidad Europea contemplan sanciones menores. Por ejemplo, Dinamarca sanciona la colusión con hasta seis años de prisión. Alemania, Hungría y Reino Unido hasta con cinco años. Rumania y Francia con un máximo de cuatro, mientras que en el caso de Polonia y Austria la privación de libertad es de hasta tres años.

De hecho, existen países europeos con larga tradición de defensa de la libre competencia que no contemplan sanciones penales para la colusión, como es el caso de Bélgica y España. Lógicamente, lo anterior no significa en caso alguno que estas conductas no deban sancionarse criminalmente ni que debamos necesariamente reducir las penas para la colusión. Sin embargo, en materias tan sensibles como la persecución penal no debemos perder de vista la experiencia comparada de jurisdicciones que llevan por muchos años penalizando la colusión como delito.

Considerando todo lo anterior, es posible concluir que el sistema de competencia chileno es severo a la hora de sancionar colusiones, situándose dentro de los países con penas más estrictas para este tipo de ilícitos. Por lo mismo, a simple vista no parece razonable ni proporcional la iniciativa de la agenda antiabusos de aumentar la sanción para la colusión, incrementándola de cinco años y un día a diez años.

En este punto creemos que la falsa sensación de impunidad que se ha instalado en la opinión pública no puede ser el gatillante de esta propuesta normativa. Recordemos que el hecho de que al día de hoy

16. FNE, *Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión* (marzo 2017), https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia_Delacion_Compensada.pdf. En el mismo sentido: *Requerimiento de la FNE contra Asfaltos Chilenos S.A. y otros*, C-280-2014, Sentencia TDLC N°148/2015 (2015), C. 132. Véase también: *Requerimiento de la FNE contra Transportes Central y otros*, Rol N° 1.746-2010, Sentencia Corte Suprema (2010).

17. A modo ejemplar, sólo en los últimos 10 años la FNE ha presentado 19 requerimientos por casos de colusión (causas Rol: C-217-2011; C-223-2011; C-224-2011; C-234-2011; C-236-2011; C-244-2012; C-248-2013; C-265-2013; C-280-2014; C-292-2015; C-299-2015; C-304-2016; C-312-2016; C-321-2017; C-322-2017; C-353-2018; C-358-2018; C-361-2018; y, C-386-2019).

18. *Requerimiento de la FNE contra Transportes Central Ltda. y otros*, C-149-2007, Sentencia N° 94/2010 (2010).

19. Flores, “Fiscal nacional Económico pide que reformas anti colusión y abusos se debatan ‘alejados de Twitter’”.

nadie haya sido privado de libertad por casos de colusión se debe únicamente a que la modificación legal que reintrodujo las sanciones penales es reciente, del año 2016, y no tiene aplicación retroactiva.

Así, si no hemos visto sanciones criminales para los carteles más emblemáticos de los últimos años, ello solo se debe a que la ley entró en vigor con una fecha posterior a aquella en que se cometieron los ilícitos, pero en ningún caso se trata de un problema de nuestra legislación actual, cuyas sanciones penales aún no han podido ser aplicadas.

Precisamente por lo anterior es que no parece prudente realizar nuevos cambios a la ley actual sin, al menos, haber esperado a ver los efectos de la última modificación legal. Por el contrario, es recomendable esperar y no tomar decisiones apresuradas sin antes analizar detenidamente si el sistema funciona o si, por el contrario, tiene falencias que deban ser corregidas legislativamente.

Como lo indicamos anteriormente, nadie discute la importancia de perseguir y sancionar las colusiones de la forma más enérgica y contundente posible. De esa manera se obtiene el doble beneficio de castigar adecuadamente estos delitos y, además, de desincentivar a futuro la conformación de nuevos carteles. Sin embargo, se debe ser particularmente cuidadoso, porque la imposición de sanciones especialmente gravosas podría impactar negativamente la figura de la delación compensada, desincentivando a los involucrados a delatarse ante la FNE e impidiendo que los carteles, en su esencia secretos y confidenciales, puedan ser descubiertos.

Recordemos que hoy la delación compensada le permite al primer delator eximirse de las sanciones penales. Sin embargo, el segundo solo puede acceder a una rebaja de la pena, mientras que el tercero y siguientes no acceden a ningún beneficio. Quien tiene la intención de delatarse ignora si efectivamente será el primero o si alguien se delató con anterioridad (en cuyo caso no obtendrá el beneficio). Si bien existe la posibilidad de consultar a la FNE si otro miembro del cartel ya se delató (para así no denunciarse y no ir a prisión), resulta evidente que nadie va a acudir a preguntarle al potencial acusador si alguno de sus competidores ya se adelantó a denunciar una colusión. Tal consulta, en los hechos, lleva implícita una delación, que la FNE debiera investigar.

De esa manera, si aumentamos las penas para la colusión de manera excesiva corremos el riesgo de que eventuales delatores se abstengan de acudir a la FNE por temor a irse a la cárcel de todos modos por prácticamente una década, eliminando los incentivos de la delación compensada.

Alguien podría contrargumentar que dicho riesgo existe igualmente al día de hoy con las actuales sanciones penales. Sin embargo, con las nuevas penas propuestas el riesgo ya existente de desincentivar la delación aumentaría. Precisamente por eso es que una eventual modificación legal en este sentido debe diseñarse e implementarse de manera prudente y razonada, para evitar que se afecte la delación compensada, instrumento que ha demostrado ser el más efectivo para la detección y disuasión de carteles.

EL DENUNCIANTE ANÓNIMO

Por último, lo más novedoso de la agenda es la creación de la figura del denunciante anónimo, que permite que cualquier ciudadano, de manera anónima o con su identidad protegida, pueda alertar sobre casos de colusión y delitos en el sector público y privado. Así, se complementa la figura de la

delación compensada, permitiendo que cualquier persona -aun cuando no esté involucrada en el ilícito- pueda denunciar conductas anticompetitivas o ilegales. Sin duda que se trata de una medida que apunta a fortalecer las detecciones de carteles y conductas ilegales que por su propia naturaleza y características son de muy difícil detección.

En ese sentido, al igual que toda medida tendiente a mejorar y perfeccionar la detección de ilícitos, es deseable y muy bienvenida. En todo caso, podría ser recomendable que no solo las colusiones puedan ser denunciadas de manera anónima, sino que ello se haga extensivo también a toda conducta que afecte o pueda afectar la libre competencia, como lo son los abusos de posición dominante en los mercados, bajo cualquier forma que se presenten. Asimismo, también es recomendable que la implementación legal de esta figura se haga adecuadamente, de manera de crear restricciones e impedimentos suficientes para prevenir denuncias maliciosas o mal intencionadas, realizadas con el único propósito de dañar a una determinada compañía y/o sector del mercado.

Lo anterior se hace aún más relevante si consideramos que se ha propuesto que el denunciante reciba una compensación económica a cambio de la denuncia, aspecto que ha suscitado opiniones divididas entre los expertos²⁰. En ese sentido, creemos relevante que en aquellos casos en los que se inicie una investigación como consecuencia de una denuncia, el autor debiese comprometerse a colaborar en todo lo que sea necesario con la investigación de la FNE y que la recompensa monetaria, en caso de haberla, corresponda a un porcentaje de la sanción impuesta en sentencia definitiva por el TDLC y confirmada por la Excm. Corte Suprema en los casos que corresponda. De esa manera se evitan -o al menos se reducen considerablemente- las denuncias de mala fe.

Adicionalmente, compartimos la acertada proposición del ministro del TDLC, Sr. Javier Tapia²¹, en cuanto a que se debe otorgar al denunciante una protección eficaz en contra de las posibles represalias, asegurando la protección del anonimato. Lo anterior, atendido que la sola recompensa puede ser insuficiente para incentivar las denuncias atendido el natural temor de verse afectado personal y profesionalmente en caso de que se descubra la identidad del denunciante²².

20. De manera ejemplar, nótese que el ex presidente del TDLC, Sr. Tomás Menchaca es de la opinión de que no debería recompensarse económicamente al denunciante anónimo. De hecho, recientemente declaró al diario El Mercurio lo siguiente respecto de la propuesta de recompensa al denunciante: *"Me parece un poco complejo porque puede incentivar en exceso las denuncias temerarias o incluso para ganarse unos pesos. En mi concepto, no es necesario efectuar pagos, no parece necesario ni justificable"*. Véase declaración del Sr. Menchaca en: "Gobierno propondrá pagar recompensas a quienes denuncien anónimamente delitos de colusión", *El Mercurio, Economía y Negocios*, diciembre 11, 2019, p. B6. Por su parte, el actual ministro del TDLC, Sr. Javier Tapia, en una columna escrita para el diario La Tercera el pasado lunes 16 de diciembre indicó que para que la figura del denunciante anónimo sea *"un aporte al sistema"* es necesario que se entregue *"una buena recompensa"*. Al respecto véase: Javier Tapia, "El Denunciante Anónimo", *El Pulso, La Tercera*, diciembre 16, 2019, <https://www.latercera.com/pulso/noticia/el-denunciante-anonimo/940352/>.

21. Tapia, "El Denunciante Anónimo".

22. Este tema ha sido tratado en detalle también por la doctrina. Al respecto véase: Alexander Dyck, Adair Morse y Luigi Zingales, "Who blows the whistle on corporate fraud?", *The Journal of Finance* 65, N° 6 (diciembre 2010), 2213-53, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=891482.

Conclusiones

El propósito que hay detrás de las propuestas en materia de libre competencia de la agenda antiabusos es sumamente destacable y positivo. Al día de hoy nadie discute que todas aquellas medidas tendientes a fortalecer a la FNE en su lucha contra los carteles son bienvenidas. Y lo mismo ocurre, por ejemplo, con la creación de la figura del denunciante anónimo.

Como se indicó, la agenda contiene lineamientos generales que deberán ser plasmados en una modificación legal que como tal exige un análisis pausado y reflexivo que considere, por de pronto, las opiniones de las autoridades y expertos en materia de libre competencia.

Todo lo anterior, sin perder de vista que el actual sistema de libre competencia ha demostrado ser sumamente eficiente en la detección y sanción de los carteles. Y es que los últimos meses nos han demostrado que en la ciudadanía existe una falsa sensación de que los delitos de colusión quedarían impunes, criticando que el sistema no funcione y que a la fecha nadie haya ido a la cárcel por coludirse. Sin embargo, no se debe olvidar que desde el año 2016 existen penas privativas de libertad para la colusión y que a la fecha dicha sanción no se haya aplicado se debe a que la modificación legal que reinstaló la cárcel como pena para la colusión tiene tan solo tres años y no opera con efecto retroactivo.

Esas falsas impresiones o equivocadas opiniones pueden opacar la robustez de nuestra institucionalidad y la calidad del trabajo realizado por nuestras autoridades los últimos años. Así, para evitar lo anterior, conjuntamente con las medidas tendientes a fortalecer nuestra regulación, podría ser recomendable, por ejemplo, implementar una campaña de mayor difusión de la ley y de la labor que han realizado las autoridades encargadas de velar por la libre competencia.

Sin embargo, en lo inmediato tendremos que esperar para ver de qué manera se concretarán las medidas planteadas. Compartiendo las palabras del Fiscal Nacional Económico, esperamos que lo propuesto se implemente como resultado de un *“debate informado, reflexivo y cuidadoso de no arriesgar lo que con tanto esfuerzo se ha logrado”*, porque al modificar la normativa de libre competencia hay demasiado en juego para Chile y su futuro²³.

23. Ricardo Riesco, “Discurso del Fiscal Nacional Económico con motivo del Seminario ‘Desafíos de Libre Competencia para el Chile de Hoy’” (Discurso, Santiago de Chile, diciembre 13, 2019), <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/12/Discurso-Inauguracio%CC%81n-CeCo-RREok.pdf>.



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:

Julio Pellegrini y Diego Ramos. "Agenda Antiabusos' y Libre 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.