

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN CHILE. ALGUNAS PROPOSICIONES PARA SU DESPENALIZACIÓN

RADOSLAV DEPOLO RAZMILIC^{*}
Universidad Católica de Valparaíso

1. TIPIFICACIÓN DE LAS RESTRICCIONES COMPETITIVAS EN EL DE- CRETO LEY N° 211

El artículo primero del DL 211 es la norma de base sobre la que se estructura la tipificación de las restricciones competitivas. Esta norma expresa que:

“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados”.

Lo anterior se complementa con el artículo segundo, que señala de manera meramente enunciativa algunos atentados contra la libre competencia:

“Para los efectos previstos en el artículo anterior se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, los siguientes:

- a) Los que se refieren a la producción, tales como el reparto de cuotas, reducciones o paralizaciones de ellas;
- b) Los que se refieran al transporte;
- c) Los que se refieran al comercio o distribución, sea mayorista o al detalle, tales como el reparto de cuotas o la asignación de zonas de mercado o la distribución exclusiva, por una sola persona o entidad, de un mismo artículo de varios productores;
- d) Los que se refieran a la determinación de los precios de bienes y servicios, como acuerdos o imposición de los mismos a otros;

^{*} Abogado, profesor de Derecho Económico en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Valparaíso. Doctorado en Derecho © Universidad Autónoma de Madrid. Abogado Asesor, Fiscalía Nacional Económica. El contenido de este artículo es de la exclusiva responsabilidad del autor, y no representa necesariamente la opinión de la Fiscalía Nacional Económica.

- e) Los que se refieran a la libertad de trabajo o a la libertad de los trabajadores para organizarse, reunirse, o negociar colectivamente (...), y
- f) En general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia.”

Por otra parte, el inciso primero del art. 4 reafirma el sentido de los artículos anteriores al prohibir en principio la concesión de toda forma de monopolio a los particulares por parte del Estado.

El art. 6, por último, menciona expresamente como restricción competitiva al “abuso de posición monopólica” en el mercado¹.

La tipificación que conforman los artículos 1, 2, 4 y 6 es aplicable a toda persona, nacional o extranjera, incluyendo al propio Estado. Incluso se contempla en el art. 3 un caso especial de responsabilidad para las personas jurídicas, pues se establece que podrán ser disueltas en caso de haber estado involucradas en el hecho, acto o convención restrictivo de la competencia, cancelándoseles su personalidad para todos los efectos legales, y todo ello sin perjuicio de la responsabilidad penal a que se hagan acreedores sus representantes legales.

Por otra parte, no importa si la conducta restrictiva fue cometida fuera del territorio nacional, pues siempre será objeto de investigación y sanción en la medida en que afecte a la libre competencia “dentro del país”, tal como expresa el inciso 1º del artículo 1 del DL 211.

Puede afirmarse que la tipificación de los hechos o actos contrarios a la libre competencia reúne dos características esenciales. En primer lugar, se trata de una tipificación abierta y amplia. En segundo término, goza de un doble carácter, pues cumple al mismo tiempo la función de tipo penal y la de tipo sancionatorio administrativo. Se analizan a continuación ambas características.

Amplitud de la tipificación

Como puede apreciarse de las disposiciones legales citadas, la tipificación de los hechos o actos contrarios a la libre competencia es abierta y de gran amplitud. Este carácter abierto del tipo legal puede explicarse por la necesidad de extender la aplicación de la ley a todo posible atentado contra la competencia. Mientras más amplia sea la tipificación, menor será la posibilidad de que queden fuera restricciones competitivas desconocidas al momento de dictarse la ley.

En conclusión, puede afirmarse que es procedente incluir dentro de la tipificación analizada (esto es: “cualquier hecho, acto o convención que tienda...”) a todas las restricciones posibles, conocidas y por conocer, sin distinción alguna de entidad, magnitud o forma.

Dados los términos amplios de la ley, ha sido la jurisprudencia la encargada de completar esta tipificación. Para hacerlo, ha contado con un importante grado de discrecionalidad, toda vez que se ha visto en la necesidad de crear los criterios para controlar las restricciones competitivas. Esto no significa que el sistema chileno de defensa de la competencia se funde en el principio del precedente judicial (*case law*), pues las Comisiones, si bien tienen en cuenta la doctrina contenida en fallos

¹ Por posición “monopólica” debe entenderse no sólo la que detenta un monopolista en el mercado, sino toda aquella posición dominante ejercida por una o más empresas, sean o no monopolistas.

anteriores, no están obligadas a respetarla en lo sucesivo, pudiendo en consecuencia variar su posición de un caso a otro².

El carácter penal y administrativo del tipo

El citado inciso primero del art. 1 del DL 211, complementado por el art. 2, establece claramente un tipo penal, esto es, crea un delito -el denominado delito de monopolio-, sancionado con pena corporal que puede variar desde 61 días hasta 5 años de presidio. Si la conducta afecta a artículos o servicios de carácter esencial, la pena puede empinarse hasta los 10 años de presidio.

El delito tipificado en los artículos 1 y 2 del DL 211 es de aquellos que la doctrina penal denomina de peligro, por oposición a aquellos denominados de resultado, toda vez que no es preciso que se verifique materialmente la restricción, el menoscabo o la eliminación de la competencia para que se configure la conducta descrita por el tipo. Como la propia ley señala (art. 1), para que se entienda consumado el delito basta con que el hecho, acto o convención tienda a impedir la libre competencia dentro del país.

Ahora bien, el hecho de que el DL 211 se asiente sobre un principio de imputación penal no quiere decir que la aplicación de la ley deba fundarse siempre y exclusivamente en la existencia de un delito. Al contrario, lo usual es que el DL 211 se aplique por los órganos antimonopolios en sede administrativa, ejerciéndose la acción penal sólo *in extremis*.

El DL 211 contempla en primer lugar una instancia administrativa destinada a prevenir la existencia de restricciones competitivas -las Comisiones Preventivas Regionales y Central- y, en segundo término, una instancia cuya función es la corrección y sanción de aquellas restricciones que se hubieren producido en el mercado -la Comisión Resolutiva-. Sólo en último lugar podrá abrirse un proceso penal en contra de los infractores mediante denuncia o querrela presentada por la Fiscalía Nacional Económica ante la justicia ordinaria, y siempre que así lo requiera la Comisión Resolutiva (art. 31 del DL 211).

Además, el art. 6 señala expresamente que los órganos de defensa de la competencia pueden conocer de atentados a la misma o abusos de posición dominante *aunque no sean constitutivos de delito*, lo que reafirma el talante sancionatorio no penal de la ley.

Por estas razones, debe entenderse que, en principio, el hecho, acto o convención atentatorio contra la competencia no es una figura estrictamente penal, sino que constituye principalmente un ilícito susceptible de ser controlado o sancionado por los órganos que contempla el DL 211. De hecho, la actividad de estos órganos no necesita fundarse en la existencia previa de un delito, y sus resoluciones y dictámenes no dan necesariamente origen a una represión penal. El ejercicio de la acción penal, en suma, constituye sólo un instrumento extraordinario para la aplicación de la ley.

² El único límite estaría fijado por el artículo 14 del DL 211.

2. HACIA LA DESPENALIZACIÓN DEL DECRETO LEY N° 211

Quizá el reparo mayor que puede hacerse al DL 211 radica en los términos que utiliza para tipificar las conductas que atentan o tienden a atentar en contra de la libre competencia. Los términos utilizados por su art. 1 (“el que ejecute o celebre cualquier hecho, acto o convención...”), y la enumeración no taxativa de restricciones competitivas que contiene el art. 2, configuran un tipo penal que la doctrina no teme en calificar como ley penal en blanco, contraria a lo dispuesto en el art. 19, N° 3 inciso 8, de la Constitución Política de la República, que exige que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en la ley³.

La opción penal asumida por el legislador de la Ley 13.305 y por quienes redactaron el DL 211 tiene sus orígenes en el derecho de la competencia de los Estados Unidos de América⁴, cuyas normas de base -contenidas en la Sherman Act de 1891- establecen penas privativas de libertad al declarar como ilegal “todo acuerdo, contrato o agrupación de empresas (bajo la forma de trust o bajo cualquiera otra forma) que tienda a restringir la competencia en la industria o en el comercio...” Junto a ello, se prescribe que “toda persona que monopolice o intente monopolizar una rama cualquiera de la industria o del comercio... será considerada culpable de un delito”⁵.

Esta opción ha sido abandonada paulatinamente en aquellos ordenamientos originalmente basados en el de los Estados Unidos de América⁶; y aquellos países, organismos o comunidades que han establecido normas de defensa de la competencia a partir de los años sesenta lo han hecho fuera del ámbito sancionatorio penal⁷.

Cabe entonces preguntarse si tiene o no sentido proteger penalmente la competencia y, de tenerlo, si tal protección es o no generalmente efectiva. A la primera pregunta debe responderse en atención a los objetivos de un sistema de defensa de la competencia, habida cuenta de la idoneidad de los datos empíricos, esto es, verificando si aquellos ordenamientos con normas penales -en especial el nuestro- han sido o no más eficaces que los otros.

Si bien la competencia constituye un elemento esencial de la economía de mercado adoptada en la generalidad de los países, no parece apropiado, en una etapa de madurez del sistema económico chileno, utilizar normas penales para su protección. La imposición de sanciones penales a quienes atenten contra la competencia es un instrumento disuasorio y ejemplarizador que se justifica en aquellas economías que inician su liberalización, y su fundamento radica en la necesidad de incorporar con

³ No corresponde aquí efectuar un análisis de la doctrina penal referida a la materia, ni de cerrar la discusión en torno a si el art. 1 del DL 211 describe expresamente o no la conducta que se sanciona (al respecto, v. M. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Nueva crónica del crimen*, Valparaíso, 1981, p. 273.

⁴ En este sentido, E. AIMONE / M. GIANELLI, en “El derecho chileno. Datos generales”, *addenda* a K. MARKERT, *Monopolio y Derecho*, Valparaíso, 1988 (trad. de E. Aimone), p. 60.

⁵ Sherman Act, §1 y §2 (Act of July 2, 1890, Chap. 647, 26 Stat. 209; 15 U. S. Code, Secs. 1-8), traducción del autor.

⁶ El caso más relevante es el de Canadá, que redujo al mínimo el carácter penal de sus leyes de defensa de la competencia al dictar en 1986 la Competition Act (R.S. 1985, C-34). Al respecto, v. un análisis acabado en GORDON / KAISER / GOWLING / et al., *Competition Law of Canada*, New York / Oakland, 1994-1996, §1.01[7].

⁷ Por ejemplo, v. arts. 85 y 86 del Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Europea; o los arts. 1 y ss. de la Ley Española de Defensa de la Competencia.

fuerza en los agentes de mercado la idea y el propósito de convertir la competencia y el libre juego de la oferta y la demanda en los únicos o principales mecanismos para la asignación de recursos en la economía. Puede también justificarse como una reacción del Estado a la existencia de un poder económico creciente e impune, que domina los mercados en abierto perjuicio de los consumidores⁸.

En el caso chileno no concurre ninguna de tales circunstancias. Al contrario, la economía nacional es una de las más abiertas y competitivas del mundo; no existen barreras de peso a la entrada o salida de nuevos competidores, sean nacionales o extranjeros; y el empresario está consciente de que el Estado cumple una labor fiscalizadora respecto de aquellos de sus actos que atenten o puedan atentar contra la libre competencia. A estas alturas, los fines de protección que persigue el DL 211 pueden obtenerse por la sola aplicación de su faz administrativa sancionatoria, y no por el ejercicio de la acción penal que contempla su art. 32.

A lo anterior debe sumarse un dato empírico concluyente: la acción penal contemplada en el DL 211 sólo ha sido ejercida en dos ocasiones, en ninguna de las cuales llegó a prosperar⁹. En otras palabras: en un universo de cerca de dos mil causas tramitadas por los órganos de defensa de la competencia a lo largo de veintitrés años, sólo dos han dado inicio al proceso penal contemplado en la ley. Con este antecedente a la vista, no existe fundamento alguno para sostener la efectividad penal del DL 211, cualesquiera que sean las causas de su ineficacia.

La razón en virtud de la cual el DL 211 no cumple su función penal parece ser bastante simple: las facultades y sanciones de carácter administrativo contenidas en el DL 211 serían en principio suficientes -y se bastarían por sí solas- para proteger la libre competencia en el país. Tanto es así que las únicas sanciones aplicadas a lo largo de la vigencia del DL 211 han sido las que contempla su art. 17, y no las del art. 1. Lo anterior, claro está, sin perjuicio del perfeccionamiento del sistema sancionatorio administrativo, en términos de precisión, permanencia y seguridad jurídica en la tipificación de las conductas prohibidas y en términos de eficacia de las sanciones aplicables.

Por todas las razones hasta aquí esgrimidas, parece apropiado y razonable terminar con el carácter penal del DL 211, reforzando en cambio el sistema de sanciones administrativas aplicables a los infractores. Podrá argumentarse en contra sosteniendo que la privación del carácter penal de la ley llevaría a disminuir su poder disuasorio, y que el establecimiento de un sistema sancionatorio basado única o principalmente en la aplicación de multas no tendría efecto alguno, toda vez que las empresas infractoras condenadas al pago de las mismas mitigarían su impacto tras pasando a costos -y, en definitiva, a precios- el importe de las multas. Si bien estos argumentos tienen alguna cabida en la estructura actual del DL 211, pierden todo fundamento ante un sistema sancionatorio administrativo fuerte y, a la vez, flexible.

En efecto, un sistema sancionatorio eficiente y eficaz debe contemplar, en general, dos grupos de sanciones, según el sujeto afectado: por un lado, sanciones a la empresa infractora y, por otro, sanciones a las personas naturales que, ejerciendo

⁸ De hecho, la causa determinante para la dictación de la Sherman Act no fue otra que la existencia de grandes empresas conglomeradas que dominaban sectores económicos de primera importancia para la economía estadounidense de fines del siglo pasado. El clamor popular en contra de los trusts llevó al Congreso a dictar normas que impidieran y sancionaran drásticamente los acuerdos entre empresas y los abusos (intentos de monopolización) del mercado.

⁹ En cumplimiento de las resoluciones núm. 89 y 413 de la Comisión Resolutiva.

cargos de gestión o representación en la misma, concurran o no se opongan conscientemente al acuerdo o decisión que produce o tiende a producir la restricción competitiva que sanciona la ley.

Las sanciones aplicables a la empresa infractora deben consistir, en primer lugar, en la imposición de multas que, sin ser insignificantes, impliquen para la afectada un desembolso de alguna manera proporcional al beneficio ilícitamente obtenido mediante la conducta restrictiva sancionada¹⁰. Para evitar que el costo de la multa termine siendo soportado por los clientes de la empresa afectada, es conveniente establecer un sistema para evaluar la evolución de los precios de la empresa después de aplicada la multa, a fin de detectar cualquier incremento que no se deba a una estructura de costos esperada y razonable.

Además de la sanción de multa, es preciso el establecimiento de una serie de medidas y sanciones aplicables conjunta, separada o indistintamente. La primera de ellas es la facultad de dictar órdenes de cesación o término de la conducta (acción u omisión) contraria a la libre competencia. La segunda es la posibilidad de poner término a los actos o contratos restrictivos de la misma. También es conveniente establecer, como sanción, la disolución de la sociedad o persona jurídica infractora, para aquellos casos de gravedad que el organismo aplicador califique como tales. En cuarto lugar, la modificación de actos, contratos, o personas jurídicas involucradas en la infracción. Por último, y dentro de los límites que señale el legislador, debe ser posible imponer a las empresas infractoras o consultantes el cumplimiento de determinadas condiciones indispensables para aprobar o validar la conducta sometida a control.

Por otro lado, respecto de las personas naturales que infrinjan la ley, sea directamente, sea por haber concurrido a la decisión o al acuerdo del órgano de gestión de la empresa involucrada, debe proceder la aplicación de multas exigibles en el patrimonio del infractor. En segundo término, la inhabilidad temporal para ocupar cargos directivos en colegios profesionales o instituciones gremiales que establece el art. 17, a), 4) del DL 211, debe extenderse también al ejercicio de cargos de dirección o gestión de sociedades comerciales en general, o de aquellas empresas que participen en el mercado afectado por la restricción competitiva sancionada. No existe razón aparente para justificar la diferencia que establece el texto actual del DL 211, sancionando con la inhabilidad sólo a quienes ocupan cargos de representación gremial o profesional y no, por ejemplo, al gerente o miembros del directorio de una empresa que hubiere influido de manera determinante en la decisión de realizar una conducta o acto manifiestamente contrario a la libre competencia¹¹.

Tanto en el caso de multas aplicables a empresas como a personas naturales, sería adecuado que las sumas percibidas por este concepto lo fueran a beneficio fiscal, destinándose un porcentaje de las mismas al financiamiento de estudios, investigaciones o análisis de mercados o de temas relacionados a la defensa de la competencia.

¹⁰ La determinación del monto de la multa aplicable, o del rango dentro del cual debe fijarse, constituye un problema no menor. En otros ordenamientos se ha optado por estimarla de acuerdo a un porcentaje del capital social de la empresa infractora. El DL 211 establece una multa de hasta diez mil unidades tributaria (aprox. US\$ 550.000).

¹¹ La aplicación de sanciones no penales de inhabilidad o suspensión en el ejercicio de determinados cargos no resulta extraña en nuestro derecho: v., por ejemplo, lo dispuesto en el art. 28 N° 3, letra a), del DL N° 3538, que crea la Superintendencia de Valores y Seguros.

Por otra parte, el incumplimiento o desacato de las medidas o sanciones impuestas debe perseguirse penalmente, imponiéndose al sancionado rebelde penas de reclusión sustitutivas de la sanción incumplida.

Por último, y para completar esta enumeración de sanciones y medidas, debe establecerse un procedimiento para hacer exigible la responsabilidad civil emanada de aquellos actos, hechos o conductas que fueren objeto de sanción.

Con todas estas facultades de sanción, ejercidas dentro del marco de un procedimiento sancionatorio reglado que asegure a las partes involucradas las garantías del debido proceso, y sujeto a recursos procesales que permitan velar por la legalidad de las decisiones del organismo de control, se configura un sistema sancionatorio eficiente y efectivo, siempre y cuando el ejercicio de tales facultades no exceda del ámbito que es propio al de defensa de la competencia.

En conclusión, existen razones de peso para plantear seriamente la posibilidad de reformar el DL 211, convirtiéndolo en una ley sancionatoria no penal, basada en la aplicación directa de sanciones y medidas administrativas¹².

¹² Esta conclusión presupone que tanto el procedimiento aplicable como el órgano jurisdiccional que lo resuelve son de naturaleza administrativa. Este presupuesto, sin embargo, puede ser discutible pues, en ausencia de un contencioso administrativo general en nuestro país, podría sostenerse que el órgano respectivo no es de naturaleza administrativa sino sólo de jurisdicción especial.