



Rayando la cancha **Eduardo Engel**

Cárcel por colusión: noticias y realidades

L

Las penas de cárcel por colusión han estado en las noticias esta semana, por partida doble. Primero, estuvo la polémica entre el Senado y la Cámara de Diputados sobre quién decide si se inicia un juicio que podría llevar a penas de cárcel en los casos de colusión. El Senado aprobó que sea la Fiscalía Nacional Económica (FNE), mientras que la Cámara optó por el Ministerio Público (MP). Como no hubo acuerdo, el tema pasó a comisión mixta. La cobertura mediática de esta polémica sugiere que el alma del proyecto de ley que fortalece la libre competencia y que está en sus trámites finales se juega en este tema. ¿Es así?

En segundo lugar estuvieron las fuertes críticas de Camila Vallejo a Ricardo Lagos, porque durante su gobierno se eliminó la pena de cárcel para la colusión, lo cual, según la diputada, prueba que el ex mandatario “agachó el moño ante los grupos empresariales”. La polémica que generó esta crítica se centró en los ribetes asociados a una eventual repostulación presidencial de Lagos más que en el fondo del asunto. ¿Benefició a los empresarios que participaron en carteles la eliminación de la pena de cárcel durante el gobierno de Lagos?

Un poco de historia

Durante la década de los 90, la legislación e institucionalidad antimonopolios de Chile distaban mucho de aquella de un país desarrollado. Los tribunales que veían estos casos tenían miembros elegidos por sorteo entre los decanos de todas las universidades, incluyendo algunas que ni siquiera merecían el calificativo de tales, lo cual resultó varias veces en jueces con poco conocimiento de temas de libre competencia y fallos deficientes. Además, la dedicación de estos jueces era esporádica, porque pedirles más era imposible, dado que no eran remunerados. Por si lo anterior no bastara, el fiscal que investigaba tenía pocas herramientas para obtener evidencia, ya que no podía requisar computadores (o los faxes de aquel entonces) ni intervenir teléfonos.

La primera gran reforma luego del retorno a la democracia fue la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) el 2004, durante el gobierno de Lagos. Este tribunal está constituido por cinco

jueces -tres abogados y dos economistas- con dedicación prácticamente exclusiva y remuneración acorde, además de un sistema de nominación por concurso que asegura la calidad profesional e independencia de sus integrantes.

El segundo avance importante en legislación antimonopolios se produjo en 2009, en el primer gobierno de Bachelet, con la introducción de la delación compensada y nuevas facultades intrusivas para la FNE, incluyendo aquellas de requisar computadores e intervenir teléfonos.

Según la experiencia comparada, la delación compensada probablemente sea la herramienta más importante para llevar a la justicia los carteles, ya que se trata de acuerdos difíciles de probar sin la colaboración de alguno de los involucrados. Al reducir las sanciones a quien denuncia primero, se dan incentivos potentes para romper los acuerdos colusorios apenas emergen indicios de que la FNE está investigando eventuales conductas anticompetitivas en un mercado.

La tercera gran reforma será aprobada dentro de muy poco. Esta incluye sanciones económicas con un efecto disuasivo potente, ya que habrá multas por hasta el doble del daño causado o el 30% de las ventas anuales, además de compensación de los consumidores afectados por los carteles, todo lo anterior en línea con las propuestas que hizo la Comisión Rosende durante el gobierno de Piñera. De esta manera, no volverá a repetirse lo sucedido recientemente con el cartel de los pollos, donde las multas que pagaron las empresas ascienden a sólo 60 de los 1.500 millones de dólares en que se estima la ganancia indebida obtenida por el cartel.

Cárcel por colusión

Lo central de la ley a punto de ser aprobada, sin embargo, es que introduce las penas de cárcel para los casos más graves, los llamados carteles duros.

Las penas de cárcel tienen un impacto disuasivo mayor sobre conductas anticompetitivas que las sanciones económicas, porque no pueden ser financiadas por terceros y porque las multas pueden representar una fracción menor de la ri-

queza del coludido en el caso de individuos de alto patrimonio.

La posibilidad de ir a la cárcel, para todos los miembros de un cartel, salvo el primero en denunciarlo, también potencia la efectividad de la delación compensada. Para que la delación compensada funcione bien es clave que aplique el principio de “certeza del delator”, es decir, que la delación sea otorgada por una única instancia investigadora, de modo que quien se acoge a ella no enfrente la posibilidad de que otra instancia revoque o modifique el acuerdo alcanzado. La participación de la FNE y el MP en las investigaciones de casos de colusión una vez que se introduce la posibilidad de cárcel plantea el desafío de proteger la certeza del delator, lo cual se abordó con éxito en el proyecto de ley al establecer que la FNE negocia los acuerdos de delación compensada y basta con que quien se acoja a dicho beneficio ratifique su testimonio ante el Ministerio Público en una eventual investigación penal para que dicho acuerdo no pueda ser revisado por instancia alguna.

Otro riesgo importante que se terminó abordando adecuadamente en el proyecto que está saliendo del Congreso es evitar que la FNE y el MP investiguen simultáneamente un caso, lo cual arriesga que se entorpezcan mutuamente y debiliten los casos civiles y penales. La ley establece que el MP puede comenzar a investigar la arista penal de un caso sólo después de que la FNE termina su investigación y existe un fallo definitivo del TDLC.

Es en este contexto, donde abundan los elementos positivos de la tercera gran reforma a punto de aprobarse, que debe analizarse el punto de discordia que está considerando la comisión mixta del Congreso.

No corresponde llevar a juicio penal todos los casos donde hay condena en materia civil (multas y compensaciones), por varios motivos. Primero, porque no todos los carteles son igual de graves y en varios casos las sanciones económicas serán suficientes. Segundo, porque la contundencia de la evidencia necesaria para encarcelar a alguien debe ser mayor que la evidencia para que pague una multa, de modo que habrá casos donde hay evidencia para sanciones económicas, pero no para sanciones penales. Es por eso que alguien debe decidir si, luego de una condena del TDLC, se abre un juicio con posibilidades de cárcel. ¿Quién debiera decidir? ¿La FNE o el MP? El tema es debatible y hay argumentos para justificar las dos opciones. Los que prefieren la FNE se basan en sus mayores conocimientos en materias de libre competencia,

los que abogan por el MP en su grado mayor de autonomía. La verdad es que la ley que el Congreso despachará próximamente será una buena ley, independiente de qué decida en esta materia.

Cerrando el círculo

Volvamos a las críticas de la diputada Vallejo al ex Presidente Lagos. Las penas de cárcel que contemplaba la legislación anterior al 2004 eran tan amplias y generales que ningún juez que se precie de tal habría encarcelado a alguien basado en dicha legislación. Prueba de ello es que durante las tres décadas que rigió dicha ley no hubo ningún caso que llevara a penas de cárcel.

Por otra parte, la creación del TDLC durante el gobierno de Lagos fue una de las tres grandes reformas en materia de institucionalidad y legislación antimonopolios desde el retorno de la democracia en 1990.

Percepciones y realidades

Pareciera haber una tendencia a exagerar lo negativo y subvalorar un análisis equilibrado en los debates públicos. En el mundo de los 140 caracteres y las cuñas de 10 segundos en televisión, los análisis con sutilezas y matices tienen poca cabida y demasiadas veces no existe la menor intención de ir al fondo del asunto. Es así como los episodios descritos terminan alimentando la percepción de que nuestra legislación anticarteles sigue siendo débil e insuficiente y que los monopolios seguirán dominando nuestros mercados, abusando de los consumidores por siempre jamás.

En general, al evaluar proyectos de ley aprobados por el Congreso, existe una tendencia de analistas y medios a exagerar la importancia de algún tema donde la ley pudo quedar mejor, perdiendo de vista los muchos aspectos positivos que tiene la legislación, incapaces de evaluar lo aprobado en su conjunto.

La realidad es que nuestra legislación de libre competencia viene mejorando de manera sostenida desde el 2004, con dos reformas mayores y una tercera a punto de aprobarse en el Congreso. De hecho, cada una de las reformas fue pavimentando el camino para la siguiente. El efecto acumulativo es que en materia de colusión dentro de muy poco tendremos una legislación e institucionalidad al nivel de los países desarrollados. Claro que quedan temas pendientes en materia de competencia, mejorar las herramientas para enfrentar los abusos de posición dominante es uno de ellos, pero los avances son innegables y contundentes y a ellos han contribuido cada uno de los últimos cuatro gobiernos.®