MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE FORTALECE LA INVESTIGACIÓN Y PERSECUCIÓN DE CARTELES Y AUMENTA SU PENA EN CASO QUE INDICA.

Santiago, 13 de marzo de 2020.

Nº 002-368/

A S.E. EL PRESIDENTE DE LA H. CÁMARA DE DIPUTADOS.

Honorable Cámara de Diputados:

Tengo el honor de someter a vuestra consideración el presente proyecto de ley que modifica el decreto ley Nº 211, de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, fortaleciendo la investigación y persecución de carteles y aumentando su pena en el caso que indica.

a. ANTECEDENTES

La libre competencia es un elemento esencial para un justo desarrollo de nuestra economía. Esta permite “emparejar la cancha” y equiparar las condiciones para el desarrollo de todos los actores económicos, lo que se traduce en que las empresas compitan por ofrecer bienes y servicios más innovadores, con mayor variedad y de mejor calidad, al menor precio posible. De esta forma, la libre competencia es un elemento clave para impulsar una sociedad más justa, donde exista un correcto equilibrio entre los

distintos agentes del mercado y para que los beneficios de dicha competencia puedan llegar directamente a las personas.

En efecto, las reglas que dan lugar a un mercado competitivo protegen los intereses de todos los agentes económicos que participan en él, proveyendo bienes y servicios, incluyendo también los intereses de los consumidores, quienes se benefician directamente de la rivalidad que provoca el comportamiento empresarial individual y no coordinado. La protección de la libre competencia, asimismo, constituye la piedra angular de un sistema económico de libre mercado y el pilar fundamental del orden público económico, sin limitarse al resguardo de intereses individuales, tal como lo ha señalado recientemente la Excma. Corte Suprema: *"El derecho a la competencia, según lo indica la doctrina más consolidada, garantiza el orden público económico en el sector donde opera y se aplica la economía de mercado y comprende la tutela de los intereses envueltos, entre los que cabe mencionar el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado dirigido a conservar un mercado altamente competitivo"* (Excma. Corte Suprema, sentencia recaída en la causa rol 1531-2018, considerando décimo).

Desde su creación hace casi cincuenta años, la política e institucionalidad de protección de la libre competencia en Chile se ha nutrido de sucesivas reformas que la actualizan periódicamente. Este perfeccionamiento ha respondido a la constante evolución de los mercados, a la acumulación de experiencia nacional e internacional y, especialmente, a los desafíos que plantea una ciudadanía cada vez más informada y exigente. La notoriedad que han alcanzado los procedimientos administrativos y judiciales en este ámbito se explica, asimismo, por el reconocimiento

transversal de su importancia para cautelar el orden público económico y el desarrollo económico de nuestro país.

En este sentido, la ley N° 20.945, que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia, publicada el 30 de agosto de 2016, aumentó el monto máximo de las multas aplicables con el objeto de que estas fueren suficientes, tanto desde un punto de vista preventivo como sancionatorio; incluyó como sanción la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la Administración del Estado; fortaleció la delación compensada; estableció un control preventivo y obligatorio de fusiones u operaciones de concentración; estableció sanciones para quienes entorpezcan las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica; determinó la dedicación exclusiva de los ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; ajustó las normas sobre incompatibilidad de los ministros suplentes, entre otras cuestiones. Sin perjuicio de lo anterior, una de las mayores modificaciones que introdujo dicha ley dice relación con la criminalización de la colusión, al establecer la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo para quienes celebren u ordenen celebrar, ejecuten u organicen ciertos acuerdos de colusión. Adicionalmente, se estableció expresamente la suspensión por un año de la ejecución de la pena sustitutiva en los casos que proceda su imposición. Esto implica que quien cometa el delito de colusión deberá cumplir, al menos, un año de la pena privado de libertad en un recinto penitenciario.

En esta línea, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”) ha considerado positivamente en el pasado las reformas al marco jurídico para la protección de la libre competencia en nuestro país, destacando

especialmente las modificaciones introducidas por la ley N° 20.945 antes mencionada (OCDE, *Economic Survey: Chile*, 2018). Asimismo, dicho organismo ha recomendado a Chile avanzar en el fortalecimiento de las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica y el endurecimiento de las sanciones a los infractores.

b. FUNDAMENTOS DEL PROYECTO DE LEY

Considerando lo anterior, el proyecto de ley que someto a vuestra consideración aborda aspectos especialmente sensibles para la protección de la libre competencia, como son la prevención y sanción de conductas colusorias, que constituyen la afectación más grave a un sistema económico de libre mercado. Esto, pues suponen un acuerdo entre competidores para anular la rivalidad entre agentes económicos, cuya existencia permite que los consumidores se beneficien de precios más bajos, de más variedad y mejor calidad de productos y servicios, de mayor innovación y, en general, de mercados más eficientes.

En este sentido, la Excma. Corte Suprema, respecto a la gravedad de la colusión dentro de la gama de conductas anticompetitivas, ha afirmado que "*la conducta investigada en autos, y reconocida por las partes, es uno de los ilícitos anticompetitivos más graves, pues supone la eliminación del elemento distintivo y fundamental de este ámbito del Derecho, esto es, de la competencia que debe regir la actividad de los agentes económicos y su reemplazo por un acuerdo adoptado, precisamente, por aquellos entes que debían protagonizar el comportamiento competitivo que protege la ley. La colusión supone la negación de la libertad de competir entre los intervinientes en el mercado y, por ende, su castigo debe reflejar esa circunstancia*." (Corte Suprema,

sentencia recaída en la causa rol 1531-2018, considerando quincuagésimo quinto).

En virtud de lo anterior, con el objeto de resguardar la libre competencia y perseguir de mejor manera a quienes la violenten, en el presente proyecto de ley se proponen nuevas herramientas para la investigación de carteles, se proponen reformas para hacer más eficaces los procedimientos seguidos ante la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y se aumenta la pena para el delito de colusión cuando éste recae sobre bienes y servicios de primera necesidad.

Asimismo, siguiendo recientes recomendaciones de la OCDE (OCDE, *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels*, 2019), se propone crear una figura que permitirá que personas que no participan de una conducta anticompetitiva, pero que tienen conocimiento de ella, puedan denunciarla ante la Fiscalía Nacional Económica, la que se encontrará facultada para adoptar todas las medidas necesarias para resguardar su identidad. Esta nueva institución incentivará la denuncia de conductas ilícitas, previniendo, al mismo tiempo, eventuales consecuencias perjudiciales para el denunciante.

En conjunto, las reformas propuestas constituyen un avance importante en los permanentes esfuerzos que se realizan para proteger el funcionamiento correcto y eficiente del mercado, para que de esta forma los ciudadanos puedan gozar directamente de los beneficios que ello trae consigo.

c. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

El presente proyecto de ley se compone de cuatro pilares generales. En primer lugar, entrega nuevas herramientas a la Fiscalía Nacional Económica para

fortalecer la investigación y persecución de prácticas colusorias; en segundo lugar, aumenta la pena asignada al delito de colusión cuando este recae sobre bienes y servicios de primera necesidad; en tercer lugar, propone incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la figura del denunciante anónimo (conocida como *whistle-blower* en el derecho comparado) para la denuncia de conductas anticompetitivas y, por último, propone diversas modificaciones a la normativa actual para fortalecer la eficacia de las actuaciones de la Fiscalía Nacional Económica.

d. Nuevas herramientas para la persecución de carteles

El proyecto de ley propone incorporar nuevas facultades al literal n) del artículo 39 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211 (en adelante, “Decreto Ley N° 211”), para las cuales, en casos graves y calificados, el Fiscal Nacional Económico requerirá la autorización previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y del Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago correspondiente. Es decir, se mantienen los requisitos que la ley actualmente prevé para el ejercicio de facultades que pudieren afectar garantías fundamentales de las personas investigadas por la Fiscalía Nacional Económica.

e. Alzamiento del secreto y la reserva bancaria

Los carteles o acuerdos colusorios suelen implementarse sobre la base de obligaciones recíprocas entre sus miembros, las que facilitan su ejecución prolongada en el tiempo. Por ello, el acceso a registros de transacciones

bancarias -tales como depósitos, captaciones o transacciones- puede resultar relevante para la persecución eficaz de un cartel. Por ejemplo, los competidores pueden haber pactado mecanismos de compensación monetaria a cambio de no competir en un determinado mercado, no participar de un proceso licitatorio o no introducir nuevos productos.

En estos casos, los registros bancarios pueden revelar la existencia de pagos o comisiones entre competidores. Asimismo, los registros bancarios pueden arrojar evidencia de reuniones entre ejecutivos de empresas competidoras o determinar la ubicación o geolocalización de personas o empresas investigadas, en Chile o en el extranjero. El análisis de los registros de transacciones bancarias puede también revelar la identidad de nuevos partícipes o miembros del cartel, aún no detectados por la autoridad.

Por otro lado, esta información es de suma importancia para determinar el beneficio económico obtenido por los infractores y, por tanto, el monto al que deben ascender las multas que se les impongan.

Por tanto, el presente proyecto de ley propone incorporar en el literal n) del artículo 39 de la ley vigente, la facultad del Fiscal Nacional Económico de requerir información bancaria de personas determinadas, incluyendo aquella que se encuentre bajo reserva o secreto bancario, similar a la facultad con la que cuenta la Comisión para el Mercado Financiero.

f. Nuevas técnicas de investigación

Como ha constatado la jurisprudencia reciente, frecuentemente los ejecutivos implicados en acuerdos con empresas competidoras actúan a través de medios ajenos a la organización formal de sus

empresas o instituciones, adaptándose constantemente para minimizar el riesgo de ser detectados al interior de su respectiva empresa o por las autoridades correspondientes.

La investigación oportuna y la utilización de técnicas investigativas idóneas, como la obtención de fotografías, filmaciones o grabación de comunicaciones entre personas presentes, resultan de gran trascendencia para la detección y acreditación de la existencia de un cartel, la identificación de las personas involucradas y la acreditación de la conducta. Todo lo anterior servirá como elemento probatorio para establecer, eventualmente, la responsabilidad penal que corresponda.

g. Imposición de sanciones a quienes entorpezcan las medidas de entrada y registro, oculten o destruyan evidencia

La ley N° 20.945 incorporó un nuevo párrafo cuarto a la letra h) del artículo 39, estableciendo sanciones penales para quienes oculten información o proporcionen información falsa con el fin de dificultar, desviar o eludir el ejercicio de las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica. Sin embargo, la aplicación de dicho tipo penal se encuentra circunscrita al contexto de solicitudes de antecedentes, reguladas en la norma señalada. Lo anterior deja un vacío de punición respecto de otras formas de obstrucción a una investigación de la Fiscalía Nacional Económica, en particular, aquéllas perpetradas en el contexto de una diligencia de entrada, registro e incautación.

La destrucción u ocultamiento de especies objeto del registro, sea que se trate de documentos, equipos de almacenamiento de datos, teléfonos celulares o evidencia digital, son atentados graves que persiguen la

impunidad por la vía de obstruir la investigación de un acuerdo anticompetitivo, eventualmente provocando un perjuicio irreparable no solo al éxito de la diligencia sino a la investigación completa.

Dada la importancia de la evidencia obtenida en el ejercicio de la facultad de entrada y registro y, especialmente, respecto de comunicaciones almacenadas en dispositivos físicos o en servidores de almacenamiento de datos accesibles por medios remotos para la acreditación de carteles, el proyecto de ley propone la imposición de sanciones penales para quienes impidan el acceso a tales objetos a los funcionarios de Carabineros de Chile o de la Policía de Investigaciones encargados de la ejecución de la diligencia.

h. Designación anual de dos Ministros de Corte de Apelaciones de Santiago para resolver solicitudes del artículo 39, letra n)

Para el ejercicio de las facultades establecidas en el artículo 39 letra n) del Decreto Ley N° 211, la ley vigente dispone que el Fiscal Nacional Económico deberá solicitar autorización al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y al Ministro de la Corte de Apelaciones que corresponda de acuerdo al turno.

Con el propósito de hacer más expedita la tramitación de dicho procedimiento y de resguardar más eficazmente la confidencialidad de las investigaciones sobre las que recaen, el presente proyecto de ley propone que el Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago designe, una vez al año y por sorteo, a dos de sus miembros para cumplir esta labor, de la misma manera en que actualmente las leyes respectivas lo disponen para las autorizaciones que deben solicitar la Comisión para el

Mercado Financiero y la Unidad de Análisis Financiero.

i. Aumento de las penas para el delito de colusión cuando recaiga sobre bienes y servicios de primera necesidad

Durante la última década se han detectado casos de colusión que han afectado a todos los chilenos al encarecer el acceso a productos necesarios y difíciles de sustituir.

A saber, en 2012 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sancionó a las tres cadenas de farmacias más grandes del país por haber aumentado concertadamente los precios de a lo menos 206 medicamentos entre diciembre de 2007 y marzo de 2008. Este caso resultó especialmente grave, entre otros motivos, porque la colusión afectó "*primero, a productos farmacéuticos destinados -en su gran mayoría- a tratar enfermedades crónicas (…) ocasionando directamente un menoscabo a personas que los requieren para sus tratamientos y que no pueden sustituirlos por otras formas terapéuticas*" (TDLC, sentencia recaída en la causa rol N°184-08, considerando 196). Asimismo, la Excma. Corte Suprema sostuvo "*que dichos productos farmacéuticos tienen una demanda sustancialmente inelástica (…) los bienes a los cuales se elevó inesperadamente el precio corresponden a medicamentos éticos y considerando que para acceder a los mismos se precisa de la receta médica, estos bienes deben considerarse inelásticos*" (Corte Suprema, sentencia recaída en la causa rol N°2578-2012, considerando octogésimo primero).

Pocos años más tarde, en 2014, se acreditó que, por un período de diez años (2000-2010), existió un acuerdo anticompetitivo entre tres empresas avícolas, lo que se conoció como el "caso pollos". En este caso, la Excma. Corte

Suprema sostuvo que en la determinación de la sanción resultó "*particularmente relevante el elemento o criterio sancionatorio relacionado con la gravedad de la conducta, teniendo para ello especialmente en consideración (…) [la] afectación masiva al consumo de la población a lo largo del país, en relación a un producto alimenticio de alta demanda en todos los estratos sociales*", entre otras cuestiones (Corte Suprema, sentencia recaída en la causa rol N°27.181-2014, considerando nonagésimo).

Finalmente, en enero de este año, en el marco del denominado "caso tissue", la Excma. Corte Suprema sostuvo que "*el acuerdo colusorio … incluyó a bienes de relevancia diaria e, incluso, de primera necesidad, para la casi totalidad de la población y se prolongó por más de una década, de manera que la imposición de una multa equivalente a 20.000 Unidades Tributarias Anuales no sólo no parece desproporcionada sino que, aun más, responde apropiadamente a la entidad de la infracción*" (Corte Suprema, sentencia recaída en la causa rol 1531-2018, considerando cuadragésimo primero).

Los casos anteriormente relatados dejan de manifiesto que en ciertos casos los actores del mercado que cometen el ilícito anticompetitivo más grave de todos, lo cometen sobre bienes y servicios básicos que son utilizados por la gran mayoría de la población y cuya demanda es inherentemente inelástica.

De esta manera, considerando que en estos casos el mal causado con el acuerdo colusorio es mayor que en otros casos, resulta necesario que sean sancionados con mayor severidad.

En atención a lo anterior, el presente proyecto de ley incorpora al artículo 62 del Decreto Ley N° 211 una figura agravada de colusión referida a

aquellos casos en que el acuerdo recaiga sobre este tipo de bienes o servicios. La pena asociada a esta nueva figura agravada es el de presidio mayor en su grado mínimo, pena que va de los 5 años y un día a los 10 años de presidio. Lo anterior, por cuanto se estima que una colusión que recaiga sobre estos bienes o servicios implica un injusto social más grave, al perjudicar con mayor fuerza a los sectores más vulnerables de nuestra sociedad, lo que implica un atentado contra la libre competencia que debe ser sancionado con mayor severidad que otros casos de colusión.

De este modo, cuando la conducta anticompetitiva recae sobre bienes o servicios de primera necesidad, se elimina el grado menor de la pena contemplada hoy para el delito de colusión -presidio menor en su grado máximo- manteniéndose solo el grado más alto de la misma, esto es, presidio mayor en su grado mínimo. De igual manera, cabe destacar que actualmente la colusión ya se encuentra penada con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, respecto de la cual opera además pena privativa de libertad efectiva por un año para quien sea sancionado por este delito.

j. Bienes y servicios de primera necesidad

La figura agravada del delito de colusión que contempla el presente proyecto de ley considera como bienes o servicios de primera necesidad aquellos que son indispensables para la subsistencia de las personas. A saber, el Diccionario del español jurídico de la Real Academia de la Lengua Española define la expresión “producto de primera necesidad” como “*Cosa indispensable para el sostenimiento de la vida de las personas*”. Por su parte, de la obra del

célebre psicólogo norteamericano Abraham Maslow, se puede desprender que la necesidad básica es aquello que requiere el ser humano para poder vivir, funcionar humanamente bien y sin las cuales no podría alcanzar esferas más altas de autorrealización (Abraham Maslow, Teoría de la Motivación Humana).

Cabe destacar que el presente proyecto de ley no incluye un listado taxativo de los bienes y servicios que deben ser considerados como “de primera necesidad”, de modo de que sean los tribunales de justicia quienes, de acuerdo con las circunstancias de cada caso particular, determinen si los hechos constitutivos de la conducta ilícita coinciden o no con el tipo agravado de colusión.

Como antecedente, y para efectos meramente ilustrativos de legislación comparada, cabe señalar que en el Código Penal español se utiliza la expresión “de primera necesidad” en seis artículos (a propósito del delito de hurto, estafa, corrupción, entre otros), sin embargo, en ninguno de ellos el legislador incluyó un listado taxativo de los bienes y servicios que deben considerarse como tales. A modo de ejemplo, el artículo 281 número 1 del citado cuerpo legal español dispone: *“El que detrajere del mercado materias primas o productos de primera necesidad con la intención de desabastecer un sector del mismo, de forzar una alteración de precios, o de perjudicar gravemente a los consumidores, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses”*. Por su parte, en el artículo 286 quater, letra d) se señala: *“el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad”*.

k. Normas de determinación de la pena

Cabe recordar que, de acuerdo con el actual inciso tercero del artículo 62 del Decreto Ley N° 211, para determinar la pena, el tribunal no puede considerar lo dispuesto en los artículos 67 a 69 del Código Penal, ni las reglas especiales de determinación de las penas establecidas en otras leyes. Por el contrario, debe aplicar las reglas contenidas en los numerales 1 al 5 de dicho inciso tercero.

En particular, el numeral 5 dispone que: *"El tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor al marco fijado por la ley, salvo que procedan las circunstancias establecidas en los artículos 51 a 54 del Código Penal"*. En otras palabras, sin importar las circunstancias atenuantes y/o agravantes que concurran, el tribunal no puede sancionar a quien comete el delito de colusión con una pena inferior a 3 años y un día, ni superior a 10 años de presidio. Lo anterior se conoce coloquialmente como un "marco rígido" de la pena.

Tratándose del tipo agravado de colusión introducido por este proyecto de ley, el tribunal tampoco podría considerar las normas de determinación de la pena de los artículos 51 a 54 del Código Penal, ni las establecidas en otras leyes especiales. Por consiguiente, sin importar las atenuantes y/o agravantes que concurran, el tribunal no podría imponer una pena inferior a los 5 años y un día, ni superior a los 10 años de prisión.

Finalmente, dado que la pena que contempla este proyecto de ley para la figura agravada de colusión es superior a los 5 años, de acuerdo con la ley N° 18.216, no procedería la aplicación de ninguna pena sustitutiva.

l. Creación de la figura del denunciante reservado

Dado el carácter eminentemente secreto de los acuerdos colusorios, y de las conductas anticompetitivas en general, los autores suelen tomar recaudos para evitar dar a conocer la conducta sino a un número muy reducido de personas dentro de sus respectivas organizaciones. Muchas veces estas personas, que no han participado activamente en la conducta, pero tienen conocimiento de su existencia, se abstienen de reportar el ilícito a la autoridad exclusivamente por temor a eventuales represalias de la empresa o grupo empresarial del que forman parte, o de otros ejecutivos o compañías del mismo mercado o industria, las que pueden significar serios perjuicios en el ámbito laboral y social, especialmente en rubros pequeños o especializados. En casos graves, incluso, las represalias pueden tomar la forma de hostigamientos, apremios o amenazas a la vida o integridad física del denunciante.

Sin embargo, el texto actual del Decreto Ley N°211 no cuenta con ninguna disposición que permita asegurar al denunciante la confidencialidad absoluta de su identidad. Por tanto, el presente proyecto de ley vuelve mandatorio para la Fiscalía Nacional Económica el resguardo de la identidad de quienes denuncien la existencia de conductas anticompetitivas cuando estos así lo soliciten. Esto es, que la identidad y los datos que permitan identificar al denunciante no constarán en el expediente, precaviendo así las posibles consecuencias que pueda sufrir como resultado de su contribución al esclarecimiento de un ilícito anticompetitivo.

Asimismo, para efectos de prevenir eventuales abusos de este mecanismo, se propone incorporar al artículo 41 del

Decreto Ley N° 211 un nuevo tipo penal que sancione a quienes presenten una denuncia ante la Fiscalía Nacional Económica fundada, a sabiendas, en antecedentes falsos o fraudulentos con el propósito de perjudicar a uno o más agentes económicos, replicando los tipos penales previstos en el inciso cuarto de la letra h) del artículo 39 y en el inciso sexto del artículo 39 bis de la misma ley.

m. Otras modificaciones

a. Medidas para resguardar la evidencia electrónica

La Fiscalía Nacional Económica cuenta actualmente con la facultad de solicitar a las empresas de comunicaciones copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por los sujetos investigados por conductas colusorias, cuando se cuente con antecedentes graves y precisos de colusión.

Sin embargo, no existe un medio para asegurar la integridad de dichas copias y registros durante el tiempo intermedio entre el inicio de una investigación y el momento en que la Fiscalía Nacional Económica cuente con los antecedentes suficientes para acreditar la existencia de antecedentes graves y precisos de colusión, tiempo durante el cual las comunicaciones podrían desaparecer por acción del afectado por la investigación o por políticas de almacenamiento de la empresa requerida. Ello es especialmente probable en los casos en que las empresas a quienes se solicitan las comunicaciones no se encuentren en Chile, ya que los plazos de tramitación de estas solicitudes pueden ser especialmente largos.

En razón de lo anterior, el proyecto de ley otorga al Fiscal Nacional

Económico -previa autorización del Tribunal de la Libre Competencia- la facultad de ordenar a las empresas que presten servicios de comunicaciones tales como las empresas telefónicas o las empresas que prestan servicios de comunicaciones electrónicas o las almacenan, que creen un respaldo de las comunicaciones enviadas y recibidas por sujetos investigados por actos colusorios, sin embargo, dicho respaldo no será accesible mientras no se obtenga la aprobación del Tribunal de la Libre Competencia para acceder a esta información. De esta manera, ya en una etapa temprana de la investigación, y sin que se exija la existencia de antecedentes precisos y graves, la Fiscalía tendrá la facultad de resguardar información relevante que de otro modo podría ser eliminada.

El proyecto de ley establece un régimen de autorización menos exigente que el de las demás medidas del artículo 39 n) porque, en este caso, la Fiscalía no accede al contenido de las comunicaciones, solo permite que estas sean respaldadas y resguardadas por la empresa que las almacena. Asimismo, la norma establece el deber de las empresas y sus trabajadores de guardar secreto de esta diligencia, impidiendo que puedan notificar de su existencia al cliente afectado o a cualquier tercero. Asimismo, en el caso que la Fiscalía no obtenga la aprobación, estos antecedentes deberán ser eliminados, y, por lo tanto, no serán accesibles en ningún caso.

b. Notificación del inicio de la investigación, los requerimientos de información y las resoluciones del procedimiento del artículo 39 ter), a filiales o agencias de empresas extranjeras constituidas en Chile

El actual inciso segundo del artículo 21 del Decreto Ley N° 211, establece expresamente la posibilidad de notificar a las filiales o agencias de una empresa extranjera constituida en Chile de los requerimientos o demandas deducidas en su contra por infracciones a las normas sobre libre competencia. Sin embargo, dicha disposición se encuentra restringida al ámbito de notificaciones y demandas judiciales, excluyendo la posibilidad de notificar resoluciones administrativas, como el inicio de una investigación o las solicitudes de antecedentes necesarios para la sustanciación de la investigación.

Para asegurar la eficacia de la investigación, el presente proyecto de ley propone facultar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a notificar válidamente en Chile a las filiales o agencias de una empresa extranjera las resoluciones dictadas en el procedimiento del artículo 39 ter del Decreto Ley N° 211, el que persigue imponer sanciones en el caso de requerimientos de información que no sean respondidos o se respondan solo parcialmente, o en los casos en que se oculte información deliberadamente o se proporcionen antecedentes falsos.

Lo anterior resulta particularmente relevante, por ejemplo, para investigaciones de infracciones al artículo 3° letra a) del Decreto Ley N° 211, consistentes en acuerdos que involucren a competidores para la asignación o reparto de zonas o cuotas de mercado, o para fijar precios o

condiciones de comercialización a nivel transnacional o global, que afecten al mercado chileno. Es habitual en esos casos que los acuerdos colusorios sean adoptados en el exterior y, que tanto la evidencia relevante como los partícipes de la conducta, se encuentren fuera del territorio nacional.

c. Inclusión de Carabineros de Chile en el artículo 39 a) del Decreto Ley N° 211

El actual artículo 39, letra a) del Decreto Ley N° 211 dispone que es atribución del Fiscal Nacional Económico instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a dicha ley, para lo cual la Dirección General de la Policía de Investigaciones deberá poner a su disposición el personal que aquél requiera, sin referirse a Carabineros de Chile.

El presente proyecto de ley propone incluir también a la Dirección General de Carabineros de Chile dentro de la obligación de poner a disposición el personal requerido para el desarrollo de investigaciones o para la realización de diligencias específicas que se soliciten por el Fiscal Nacional Económico. Lo anterior, permitirá concordar lo que actualmente establece el literal n) del artículo 39, que habilita expresamente a ambas instituciones policiales para el desarrollo de las medidas de investigación que ahí se indican, con lo dispuesto por la letra a) del referido artículo 39.

d. Apercibimiento y sanción administrativa a funcionarios públicos que no den cumplimiento a requerimientos de información del Fiscal Nacional Económico

La ley N° 20.945 creó un procedimiento de apremio y sanciones

específicas para los particulares que injustificadamente no respondan o respondan sólo parcialmente una solicitud de información de la Fiscalía Nacional Económica, o que no comparezcan a declarar, habiendo sido previamente citados. Sin embargo, no existen procedimientos de apremio y sanción similares para el caso en que quien omita su deber de colaboración con la Fiscalía sea un funcionario público o alguna municipalidad, empresa, entidad o sociedad que tenga aporte, representación o participación del Estado, de conformidad con el artículo 39, letra f) de la ley vigente.

Por lo anterior, se propone incorporar un inciso segundo al artículo 39, letra g) del Decreto Ley N° 211 que imponga la pena de multa a beneficio fiscal de hasta dos unidades tributarias anuales por cada día de atraso a aquellos funcionarios que, injustificadamente, no respondan o respondan sólo parcialmente un requerimiento de información del Fiscal Nacional Económico, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que correspondan.

e. Creación de un cargo de jefe de división para efectos de la Fiscalización en la Fiscalía Nacional Económica

El presente proyecto de ley propone diversas modificaciones para fortalecer la eficacia de las actuaciones de la Fiscalía Nacional Económica para defender la libre competencia en los mercados. En este contexto, se incluye la creación de un cargo de jefe de División, toda vez que para fortalecer la libre competencia en los mercados resulta central velar de manera efectiva por el cumplimiento de las sentencias y resoluciones dictadas por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Excma. Corte Suprema en

materia de carteles, abusos de posición dominante y otras. Ello permitirá garantizar que el pago de las multas y las obligaciones de cambio de conducta ordenadas sean en definitiva efectuadas por los agentes económicos.

En consecuencia, tengo el honor de someter a vuestra consideración el siguiente proyecto de ley.

P R O Y E C T O D E L E Y:

“Artículo 1°.- Modifícase el decreto ley Nº 211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, en el siguiente sentido:

1) Introdúcense las siguientes modificaciones al artículo 39:

a) Modifícase el párrafo primero del literal a), de la siguiente forma:

i) Intercálase entre la palabra “afectado” y el punto seguido, la siguiente frase: “o a sus filiales o agencias constituidas en Chile, en caso de tratarse de una empresa extranjera, careciendo de valor cualquier disposición estatutaria de dicha filial o agencia que impida que la empresa extranjera sea notificada por medio de ellas”.

ii) Sustitúyase la expresión “deberá poner” por la frase “o de Carabineros de Chile deberán poner”.

b) Modifícase el literal g), en el siguiente sentido:

i) Reemplázase en el párrafo segundo, el punto y coma por un punto aparte.

ii) Incorpórase un nuevo párrafo tercero, del siguiente tenor:

“Quienes estén obligados a dar respuesta a las solicitudes de colaboración o a los requerimientos de información efectuados por el Fiscal Nacional Económico, de conformidad a esta letra y a la letra f) precedente, e injustificadamente no respondan o respondan sólo parcialmente, serán sancionados con una multa a beneficio fiscal de hasta dos unidades tributarias anuales por cada día de atraso, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 39 ter, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 42;”.

c) Modifícase el literal h), de la siguiente forma:

i) Reemplázase en el párrafo quinto, el punto y coma por un punto aparte.

ii) Incorpórase un nuevo párrafo final, del siguiente tenor:

“La Fiscalía Nacional Económica podrá comunicar válidamente las solicitudes en conformidad a esta letra, y notificar las resoluciones que se dicten con ocasión del procedimiento establecido en el artículo 39 ter, a las empresas extranjeras que operen en Chile, por intermedio de sus filiales o agencias constituidas en el país, y carecerá de valor cualquier limitación estatutaria de dicha filial o agencia que impida que la empresa extranjera sea informada de las solicitudes o notificada de las resoluciones a través de ellas;”.

d) Modifícase el literal n) de la siguiente forma:

i) Reemplázase en el párrafo primero, la expresión “Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago que corresponda de acuerdo al turno” por “Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago que corresponda”.

ii) Reemplázase en el n.4), el punto aparte por la expresión “,y”.

iii) Incorpóranse los siguientes n.5), n.6) y n.7) nuevos:

“n.5) Ordenar la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos.

n.6) Disponer la grabación de comunicaciones entre personas presentes; y

n.7) Requerir a las instituciones bancarias la remisión de todos aquellos antecedentes relativos a operaciones que tengan relación directa con la investigación, sobre los depósitos, captaciones u operaciones de cualquier naturaleza que hayan efectuado personas, comunidades, entidades o asociaciones de hecho determinadas que sean objeto de la investigación y que se relacionen con aquella.”.”

iv) Intercálase entre los párrafos primero y segundo, los siguientes párrafos segundo y tercero, nuevos, pasando el actual párrafo segundo a ser cuarto y así sucesivamente:

“Para asegurar la eficacia de la diligencia prevista en el numeral 4 de la letra n), el Fiscal Nacional Económico podrá requerir, a cualquier proveedor de servicio, la conservación o protección de copias y registros de comunicaciones concretas, que se encuentren a su disposición hasta que se obtenga la respectiva autorización judicial para su entrega. Los datos se conservarán durante un período de 90 días, prorrogable una sola vez, hasta que se autorice la entrega o se cumplan 180 días. La empresa requerida y sus empleados estarán obligados a prestar su colaboración y guardar secreto del desarrollo de esta diligencia. La Fiscalía Nacional Económica sólo podrá acceder a los mencionados respaldos una vez obtenida la autorización conforme a lo señalado en el párrafo primero de este literal.

Corresponderá al presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago designar, una vez al año y por sorteo, a dos de sus miembros para cumplir la labor señalada en el párrafo primero. Si ninguno de los ministros designados estuviere en funciones, corresponderá otorgar la autorización al presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago o a quien lo subrogue;”.

v) Reemplázase en el párrafo segundo que ha pasado a ser cuarto, la frase “haber concurrido a la aprobación referida precedentemente” por la

expresión “haberse pronunciado respecto de las solicitudes mencionadas precedentemente”.

vi) Reemplázase en el párrafo final, el punto y coma por un punto aparte.

vii) Incorpórase un nuevo párrafo final, del siguiente tenor:

“Quienes, con el fin de dificultar o entorpecer el ejercicio de las medidas señaladas en los numerales n.1 y n.2, oculten, destruyan o impidan el acceso a recintos, objetos o documentos que sean materia del registro o incautación por su relevancia para el esclarecimiento de los hechos investigados, serán sancionados con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio.”.

2) Intercálase en el artículo 39 ter, entre la expresión “establecida en las letras” y la expresión “h)”, el vocablo “g),”.

3) Incorpórase en el artículo 41, los siguientes incisos segundo y tercero, nuevos:

“Quien presente una denuncia ante la Fiscalía Nacional Económica fundada, a sabiendas, en antecedentes falsos o fraudulentos, con el propósito de perjudicar a otros agentes económicos, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio. Para la aplicación de dichas penas, el Fiscal Nacional Económico remitirá los antecedentes respectivos al Ministerio Público. Esta comunicación tendrá el carácter de denuncia para los efectos del artículo 53 del Código Procesal Penal.

El denunciante podrá solicitar la anonimidad de sus datos al realizar la denuncia, en razón de la grave afectación que podría traer para él la divulgación de su identidad. Si el Fiscal Nacional Económico decidiere someter la denuncia al examen de admisibilidad establecido en el inciso primero, dispondrá que no consten en los registros respectivos su nombre, apellidos, profesión u oficio, domicilio, lugar de trabajo, ni cualquier otro dato que pudiere servir para la identificación del mismo, debiéndose, para esos efectos, adoptar todos los mecanismos de resguardo que al efecto se instruyan. Sin perjuicio de lo anterior, el Fiscal Nacional Económico podrá divulgar su identidad en caso de que decida remitir los antecedentes al Ministerio Público

por estimar que la denuncia fue fundada, a sabiendas, en antecedentes falsos o fraudulentos, con el propósito de perjudicar a otros agentes económicos, para efectos de lo establecido en el inciso anterior.”.

4) Introdúcense las siguientes modificaciones al artículo 62:

a) Incorpórase un inciso segundo nuevo, pasando el actual a ser tercero y así sucesivamente, del siguiente tenor:

“Si el acuerdo descrito en el inciso anterior recayere sobre bienes o servicios de primera necesidad, la pena será de presidio mayor en su grado mínimo. Para esta calificación de los bienes o servicios se deberá considerar, entre otros criterios, si el bien o servicio es de alta relevancia para la vida cotidiana de las personas, si es de uso masivo, o si fue grave el perjuicio causado a los consumidores por la conducta.”.

b) Modifícase el actual inciso tercero que ha pasado a ser cuarto, en el siguiente sentido:

i) Sustitúyase la expresión “en los dos incisos anteriores” por “en los tres incisos anteriores”.

ii) Incorpórase un numeral 3, nuevo, pasando el actual a ser el 4 y así sucesivamente, del siguiente tenor:

“3. Tratándose de la pena establecida en el inciso segundo, si concurren una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el tribunal impondrá el mínimum de la pena. Si concurren una o más agravantes y ninguna atenuante, la impondrá en el máximum.”.

iii) Sustitúyase en el actual numeral 3, que ha pasado a ser numeral 4, la expresión “segundo” por el vocablo “tercero”.

5) Introdúcense las siguientes modificaciones al artículo 63:

a) Sustitúyase en el inciso cuarto la expresión “tercero” por “cuarto”.

b) Sustitúyase en el inciso quinto la expresión “cuarto” por “quinto”.

6) Introdúcense las siguientes modificaciones al artículo 64:

a) Sustitúyase en el inciso primero la expresión “el inciso primero” por “los incisos primero y segundo”.

b) Sustitúyase en el inciso tercero la expresión “el inciso primero” por “los incisos primero y segundo”.

Artículo 2°.- Increméntase en un cargo de Jefe de División grado 3 en la planta directiva de la Fiscalía Nacional Económica contenida en el artículo 35 del decreto ley Nº 211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

Artículo Transitorio.- El mayor gasto fiscal que signifique la aplicación de la presente ley durante su primer año presupuestario de vigencia, se financiará con cargo al presupuesto de la Fiscalía Nacional Económica. No obstante lo anterior, el Ministerio de Hacienda, con cargo a la partida presupuestaria Tesoro Público, podrá suplementar dicho presupuesto en la parte del gasto que no se pudiere financiar con tales recursos. Para los años posteriores, el mayor gasto se financiará con cargo a los recursos que se contemplen en las respectivas leyes de Presupuestos del Sector Público.”.

Dios guarde a V.E.,

SEBASTIÁN PIÑERA ECHENIQUE
Presidente de la República

GONZALO BLUMEL MAC-IVER
Ministro del Interior
y Seguridad Pública

IGNACIO BRIONES ROJAS
Ministro de Hacienda

LUCAS PALACIOS COVARRUBIAS
Ministro de Economía, Fomento
y Turismo

HERNÁN LARRAÍN FERNÁNDEZ
Ministro de Justicia y de
Derechos Humanos



Informe financiero
N° 39