SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que sanciona penalmente la colusión.

BOLETÍN Nº 6.454-07

HONORABLE SENADO:

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene el honor de presentar su segundo informe sobre el proyecto señalado en el epígrafe, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señores Espina, García Ruminot y Horvath y los ex Senadores señores Cantero y Chadwick.

Hacemos presente que durante el estudio de esta iniciativa ejercieron sucesivamente la Presidencia de la Comisión la ex Senadora, señora Soledad Alvear Valenzuela, y los Honorables Senadores señores Felipe Harboe Bascuñán y Alfonso De Urresti Longton.

A una o más sesiones que celebró la Comisión asistieron el Ministro de Economía, Fomento y Turismo, señor Luis Felipe Céspedes; el Fiscal Nacional Económico, señor Felipe Irarrázaval y la Jefa del Departamento de Relaciones Institucionales de esa Fiscalía, señora Mónica Salamanca; el Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, señor Tomás Menchaca; el Fiscal Nacional del Ministerio Público, señor Sabas Chahuán; quien fue acompañado por el Fiscal, señor Alberto Ayala; por el Director de la Unidad de Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado del Ministerio Público, señor Mauricio Fernández, y la abogada de la misma Unidad, señora Verónica Rosenblut. Asimismo, concurrieron los abogados señores Jorge Bofill, Juan Carlos Manríquez y Jean Pierre Matus; el Director del Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, señor Francisco Agüero, y la Directora del Centro de Libre Competencia de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señora María Elina Cruz.

Igualmente, se contó con la presencia del asesor en competencia y protección del consumidor del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, señor Jorge Grunberg, y los asesores señores Adrián Álvarez, y Adrián Fuentes; el asesor de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, señor Andrés Salazar; el Subfiscal (S) de la Fiscalía Nacional

Económica, señor Mario Ybar y el abogado de la División Fusiones y Estudios de esa Fiscalía, señor Mauricio Garetto; la ex jefa de la División Jurídica del Ministerio de Justicia, señora Paulina Vodanovic y de los asesores del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, señora Tania Larraín y señores Diego Calderón, Héctor Valladares y Sergio Herrera; del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, señora Marcela Cabezas y señores Pablo Valladares y Pablo Berazaluce; y de la Biblioteca del Congreso Nacional, señor Juan Pablo Cavada y señora Annette Hafner. Asimismo, estuvieron presentes el asesor del Honorable Senador señor Araya, señor Robert Angelbeck; el asesor del Honorable Senador señor Harboe, señor Sebastián Lewis; la Jefa de Gabinete del Honorable Senador señor Espina, señora Andrea Balladares, sus asesores señores Andrés Aguilera, Andrés Longton, Pablo Urquizar y su ex asesor, señor Leonardo Contreras; los asesores del Honorable Senador señor Larraín, señora Bárbara Vidaurre y señores Héctor Mery y Sergio Morales; los asesores del Honorable Senador señor De Urresti, señora Rocío Sánchez y señor Claudio Rodríguez; el asesor de la Honorable Senadora señora Pérez San Martín, señor Renato Rodríguez; el asesor del Honorable Senador señor Horvath, señor Arturo Rodríguez; el asesor del Comité PPD, señor Sebastián Abarca; la periodista del Comité PS, señora María José León, la asesora del Comité DC, señora María Jesús Mella, el asesor del Honorable Senador señor Patricio Walker, señor Fernando Dazarola, y el asesor de la Biblioteca del Congreso Nacional, señor Juan Pablo Cavada.

OBJETIVO DEL PROYECTO

Sancionar penalmente a quienes ejecutan determinadas conductas que atentan contra la libre competencia, elevar las multas administrativas que se aplican en caso de colusión, y mejorar los mecanismos para perseguir la responsabilidad civil de quienes cometen estos ilícitos.

NORMAS DE QUÓRUM

Cabe dejar constancia que los incisos 7° y final del nuevo artículo 3º bis, el inciso primero del artículo 30, todos considerados en el artículo 1°, y el artículo 2º de esta iniciativa, tienen rango de norma orgánica constitucional, pues dicen relación con las atribuciones de los tribunales de justicia y, en consecuencia, deben ser aprobados por las cuatro séptimas partes de los Senadores en ejercicio, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 77, en relación con el inciso segundo del artículo 66, ambos de la Constitución Política de la República.

- - -

Para los efectos de lo dispuesto en el artículo 124 del Reglamento del Senado, se deja constancia de lo siguiente:

1.- Artículos que no fueron objeto de indicaciones ni de modificaciones: artículo 2º

2.- Indicaciones aprobadas sin modificaciones: No hubo.

3.- Indicaciones aprobadas con modificaciones: número 1 (inciso final del artículo 121 del Reglamento del Senado).

4.- Indicaciones rechazadas: números 1A, 2; 3; 3A; 4; 4 A; 5; 6; 7; 8; 9; 10; 11; 12; 13; 13 A y 14.

5.- Indicaciones retiradas: no hubo.

6.- Indicaciones declaradas inadmisibles: número 5 de la indicación número 1.

Dejamos constancia que en virtud de lo dispuesto en el inciso final del artículo 121 del Reglamento del Senado, la Comisión acordó, por la unanimidad de sus miembros presentes, diversas enmiendas a esta iniciativa. Ellas se estructuran en la indicación N° 1 del Boletín.

- - -

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Antes de iniciar el estudio en particular de este proyecto, **la Presidenta de la Comisión, la ex Senadora señora Alvear** señaló que era necesario volver a considerar el propósito de esta iniciativa. Añadió que con ese objeto se había invitado al señor Fiscal Nacional Económico.

En virtud de lo anterior, concedió el uso de la palabra al **Fiscal Nacional Económico**, **señor Felipe Irarrázaval**, quien indicó que para su institución, sin lugar a dudas, el ilícito de mayor reproche social es el cartel que se produce entre varias empresas, porque debido a las condiciones generales de Chile y el tamaño de su economía, es un ilícito particularmente lucrativo.

Expresó que dada la experiencia internacional es esperable que este ilícito esté presente en varias de nuestras industrias.

Luego, señaló que es indudable que esto requiere algún tipo de regulación, y la pregunta es cuál es el mejor modelo para ello.

Como primera respuesta, explicó que se debe preferir la que permita tener más casos resueltos.

Expresó que algunos economistas consideran que la multa es un precio implícito, por tanto lo que la ley debe establecer es un precio disuasivo a la cartelización.

Indicó que hasta el año 2003 regía en Chile un sistema administrativo penal que no dio resultado. Aseveró que en ese período tampoco se utilizaron las disposiciones de los artículos 285 y 286 del Código Penal.

Al respecto, explicó que cabía preguntarse si ello se debió a que no existían carteles o si el sistema represivo penal era ineficiente.

Indicó que en el año 2003 mejoró notablemente la regulación de la parte administrativa, lo que dio pie a nuevas facultades intrusivas y un aumento importante de la cuantía de las multas. Esta nueva institucionalidad ha permitido un incremento significativo del quehacer de la agencia que dirige.

Señaló que el primer problema de la penalización de carteles es que se trata de pactos sofisticados entre partes que se conocen bien, y los regulados saben que esto es un ilícito, por lo que redoblan el cuidado en su perpetración.

De lo anterior, argumentó, deriva el problema de la prueba, implícita en la complejidad del tema, y el estándar que se requiere en el ámbito penal para darlo por acreditado. En este contexto, el tema de la delación compensada es vital para acreditar el ilícito, y ello impone la necesidad de proveer al delator la mayor seguridad posible, lo que debe extenderse al ámbito penal si se decide penalizar esta conducta.

A continuación, se ofreció el uso de la palabra al **Director de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Delitos Medioambientales y Crimen Organizado (ULDECCO) de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, señor Mauricio Fernández**, quien manifestó que su institución ha informado su postura sobre este tema en oficios enviados oportunamente. Señaló que su institución le interesa que se avance en el perfeccionamiento de esta tipificación, pues la reforma procesal penal ha reactivado ciertos ilícitos que tradicionalmente no tenían aplicación práctica, pero que han significado nuevos encausamientos por este nuevo estatuto, como los de la Ley de Mercado de Valores.

Manifestó que el proyecto está bien encaminado, estableciendo reglas que protegen los actuales avances de la estructura de persecución infraccional, e introduce figuras penales para los casos más graves, cuya impulso procesal inicial queda en manos de la Fiscalía Nacional Económica.

Expresó que la delación compensada en materia penal también está considerada en este caso, pues se traspasa el mérito de esta cooperación en el ámbito administrativo.

En definitiva, señaló que la institución que representa valora esta iniciativa, pues ella da cuenta de la necesidad de avanzar en la represión de estas conductas tan perjudiciales para el conjunto de la economía nacional.

A continuación, se ofreció el uso de la palabra **al abogado señor Juan Carlos Manríquez**. Indicó que es necesario incluir una tipificación penal para las situaciones más graves, por el daño social que generan. Señaló que esta proposición se enmarca en la tendencia del derecho comparado, y en la idea de que la protección de ciertos bienes jurídicos requiere la acción penal para enfrentar las conductas más graves. Ejemplificó lo anterior con la introducción de nuevas figuras que sancionan penalmente los atentados al medio ambiente.

Observó que la conducta colusiva impune tiene un amplio efecto de imitación, por los beneficios económicos que genera y porque en principio ellos son percibidos como lícitos. En paralelo, se trata de uno de los comportamientos más destructivos del orden público económico vigente.

Seguidamente, la **Presidenta de la Comisión, la ex Senadora señora Alvear**, ofreció la palabra al abogado señor **Jorge Bofill**, quien manifestó que la tramitación de este proyecto muestra la dificultad de penalizar las conductas colusivas. Ejemplificó lo anterior expresando que en la discusión en general se escuchó la opinión de muchos expertos, que profundizaron en las diversas aristas de este tema, como la regulación de la delación compensada, la tipificación, la titularidad de la acción penal y la coexistencia de este vía con el proceso infraccional.

Con todo, observó que aún subsisten problemas básicos, que se observan en las diversas opciones que adoptan las investigaciones, lo que refleja la dificultad implícita de legislar en esta materia.

Expresó que, a su juicio, no hay ninguna laguna de punibilidad que sea necesario llenar por la vía penal, porque los atentados a la libre competencia están bien enfrentados por la actual regulación

administrativa y la acción del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Por esa razón, es importante precisar que se quiere hacer acá en materia penal, porque no se trata de regular un área de conductas impunes. Señaló que no tiene sentido castigar penalmente lo mismo que ya se sanciona en la sede administrativa, ni menos establecer figuras penales con menos requisitos que los que hoy requieren las conductas del artículo 3° del decreto ley N° 211, de 1973.

También recordó que la actual composición del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es mixta, e incluye jueces que son economistas. Explicó que ello posibilita un manejo mucho más dúctil de las categorías que emplea la ley vigente. Indicó que ese conocimiento no está presente entre los jueces con competencia criminal, por lo que la inclusión de elementos técnicos económicos en la descripción típica necesariamente redundará en una dificultar mayor a la hora de apreciar su configuración en un caso concreto. Indicó que tampoco es fácil llenar de contenido la expresión “bienes de primera necesidad” que algunas formulaciones propuestas consideran, tal como fácilmente se puede colegir de la evolución en los últimos diez años de la canasta básica que se ocupa para confeccionar el índice de precios al consumidor.

Aseveró que la formulación del artículo 3° bis aprobado en general no muestra, de forma clara, un tono de desvalor cualitativamente mayor a las conductas que ya están sancionadas en el artículo 3°, que expliquen por qué ameritan una sanción tan superior como la penal.

Asimismo, consideró objetable que el texto aprobado en general admita la autorización judicial para interceptaciones telefónicas conducentes a recabar prueba relevante en el proceso penal, ya que las normas vigentes del Código Procesal Penal sólo la establecen para delitos que tengan en la ley pena de crimen, y en este caso se trata de un ilícito con sanción de simple delito.

Concluido el análisis de esta materia, la comisión acordó tratar este asunto en una próxima sesión.

-.-.-

Posteriormente, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Felipe Harboe**, señaló que correspondía continuar con el estudio de este proyecto, para lo cual ofreció el uso de la palabra al **Fiscal Nacional Económico, señor Felipe Irarrázaval**, quien en nombre de la institución que preside agradeció la invitación a participar de la discusión.

Inició su presentación recordando a los nuevos integrantes de la Comisión que la primera legislación de defensa de la libre competencia en nuestro país -ley N° 13.305- fue dictada en el año 1959, durante el Gobierno de Jorge Alessandri. Precisó que este estatuto fue una plasmación positiva de los criterios asentados en el derecho comparado a partir de la *Sherman Act*, dictada en Estados Unidos de Norteamérica en 1890, y consideraba un tipo penal y una multa administrativa. Establecía también una Comisión que investigaba, y si consideraba que había mérito suficiente, instruía al Consejo de Defensa del Estado para querellarse, lo que suponía una instancia administrativa previa en la que se dilucidaba la admisibilidad de la acción penal. A su vez, también se consideraba un tribunal especial conformado por un Ministro de Corte de Apelaciones que resolvía, apreciando la prueba en conciencia.

Relató que a principios del Régimen Militar la Junta de Gobierno aprobó el decreto ley N° 211, de 1973, que en principio se adelantaba a una posible objeción al plan futuro de imponer en nuestro país una economía de mercado. Al igual que la legislación previa, este decreto ley también consideraba una pena corporal para las práctica de lesión a la libre competencia, elevada en un grado a la que hasta ese momento se encontraba vigente.

En el referido decreto ley se estableció que una Comisión, llamada resolutiva, tenía la facultad de instruir al Fiscal Nacional el ejercicio de la acción penal con el mérito de la investigación administrativa previa; multas de hasta 10.000 UTM; y de nuevo la competencia para conocer de los delitos de la ley quedaba en manos de un ministro de Corte de Apelaciones.

Expresó que el esquema antes señalado se mantuvo con pocos cambios hasta la ley N° 19.911, de 2003, dictada durante el Gobierno de Ricardo Lagos. Mediante esa ley el estatuto de protección de la libre competencia en Chile dio un giro hacia el paradigma normativo Europeo. Ello implicó la eliminación del tipo penal y la prohibición expresa de la Fiscalía Nacional Económica de participar en causas criminales, la elevación sustancial de las multas, que se incrementaron hasta 10.000 UTA, y la creación de un tribunal especial de la libre competencia, con una inédita integración mixta de jueces abogados y economistas, que aprecia la prueba en conciencia, y cuya regulación supletoria es la del Código de Procedimiento Civil y no el Código Procesal Penal.

Posteriormente, durante el primer Gobierno de la Presidenta señora Bachelet, se dictó la ley N° 20.361, como reacción al caso farmacias. Esa reforma subió la multa en caso de cartel, hasta 30.000 UTA, estableció una regla de delación compensada para la persecución administrativa y judicial civil, y otorgó nuevas facultades intrusivas a la Fiscalía Nacional Económica para investigar carteles.

Seguidamente, pasó a referirse a los posibles cambios para aumentar el nivel de disuasión. En primer término, explicó que no se sabe, siquiera de forma aproximada, cuántas prácticas reñidas con la competencia desleal tienen lugar, por lo que no es posible contrastarlas con la cantidad de casos llevados a la justicia. Señaló que la institución a su cargo contrató una encuesta de percepción entre los 25 abogados que llevan más causas ante el Tribunal de la Libre Competencia, consultándoles sobre el grado de disuasión que produce entre los actores económicos la actual institucionalidad, y el grado de eficacia de la Fiscalía Nacional Económica para detectar acuerdos colusorios. Respecto de la primera pregunta, el 9% de los entrevistados consideró que el grado de disuasión era muy alto, el 59% alto y el 23% bajo. En relación con la segunda consulta, el 9% de los encuestados consideró que la repartición era muy efectiva, el 77% medianamente efectiva, y el 9% la catalogó de poco efectiva.

Recordó que el economista Gary Becker observó alguna vez que la legislación debe hacer todo lo posible para que coludirse sea un mal negocio, porque hay una tendencia natural de los actores económicos a efectuar este comportamiento, ya que de esa forma capturan más rentas del mercado. Expresó que lo anterior debe considerar un esquema que haga que la posibilidad de ser detectado y el monto de la multa en caso que ello ocurra sea un desincentivo suficiente. Reconoció que no es esperable que un cambio legislativo elimine todos los casos de colusión, pero las mejores prácticas avaladas internacionalmente muestran que a lo menos se deben implementar los siguientes cambios:

1.- La delación compensada es una herramienta de mucha utilidad, y por ello debe acarrear la inmunidad total, incluso para el caso de la acción penal.

2.- En Europa no hay acción de indemnización de perjuicios, en cambio en Estados Unidos sí, lo que ha hecho que el esquema de persecución del segundo caso sea mucho más disuasivo. Recordó que en Chile el artículo 30 de la actual legislación establece una tímida posibilidad de resarcimiento civil, pero siempre como casos individuales y no como acciones de clase, lo que haría mucho más efectivo ese remedio. Expresó que el esquema de Estados Unidos considera acciones de esa índole y establece una regla que permite cobrar tres veces el daño como indemnización punitiva, lo que hace que el Estado procese criminalmente a los carteles y a continuación una gran cantidad de perjudicados demanden por su cuenta sus perjuicios.

3.- Debe considerarse un sistema de multas proporcional al daño causado y sin un tope superior, para evitar que la sanción termine siendo un costo del negocio.

4.- En la legislación comparada se establecen inhabilidades para ser director de sociedades, funcionarios públicos o para participar en licitaciones públicas, aplicables a los participantes de actos colusorios.

5.- Se establecen normas que sancionan la obstrucción a la investigación. Indicó que reglas similares se contemplan en la legislación chilena que regula la potestad fiscalizadora de distintas Superintendencias, pero no hay una sanción eficaz para el que mienta en una investigación llevada a cabo por la Fiscalía Nacional Económica.

6.- Debe considerarse la mantención del estatuto base para la regulación del proceso en la regla civil, y no llevarlo al área penal, porque de lo contrario la actividad investigativa tendrá limitaciones propias de ese estatuto, y será más difícil obtener condenas.

Manifestó que el actual sistema nacional de la libre competencia esta siendo cada vez más eficiente en detectar infracciones, y la inversión institucional ha mejorado incrementalmente la situación previa, por lo que cualquier cambio debe valorarse en el sentido de no perder lo avanzado. Recordó que durante cerca de 30 años estuvo vigente una norma penal en materia de libre competencia, y ella nunca se aplicó, y en cambio las nuevas atribuciones administrativas entregadas a la institución que dirige en el último lustro ha implicado la contratación de 100 profesionales expertos y una inversión pública de cerca de ocho millones de dólares, que por medio de las multas cobradas ha sido reintegrado al erario multiplicado varios veces.

Recordó que el artículo 3° de la ley vigente establece una figura genérica de colusión y varias formas concretas, y cualquier tipificación penal debería considerar una forma específica del ilícito, en cumplimiento del principio constitucional de legalidad penal. Añadió que la incorporación de ilícitos penales vinculados a una investigación administrativa previa podría provocar problemas de bis in ídem, pues se trataría de dos persecuciones a causa del ejercicio de la potestad sancionatoria respecto del mismo hecho.

Finalmente, precisó que también hay que tener en consideración que las reglas procesales en materia administrativa se rigen por estándares distintos a los de la investigación penal, y que hay un nivel considerable de experiencia que tiene tanto la Fiscalía Nacional Económica como el Tribunal de la Libre Competencia con la que no cuentan los operadores del proceso penal.

Luego, intervino **el Honorable Senador Espina** agradeció la presentación del Fiscal Nacional Económico, y puntualizó que el tema de este proyecto es optar - institucionalmente-, por mantener el

tratamiento de los ilícitos que afectan a la libre competencia en el ámbito administrativo, o añadir una nueva figura de carácter penal. Indicó que si se toma la segunda opción se debe dar un segundo paso y discutir si se trata de un delito de instancia administrativa previa o entrará al sistema común de ejercicio de la acción penal pública por parte del Ministerio Público.

Por su parte, **el Honorable Senador De Urresti** manifestó que conoce el trabajo y trayectoria de la Fiscalía Nacional Económica, y valora su acción en el último lustro. Añadió que lo que acá está en discusión la necesidad de una señal social, pues quienes atentan contra la libre consecuencia generan perjuicio individuales devastadores cuando se trata de elementos de primera necesidad, y en términos generales producen daños a la economía muy superiores al resto de los delitos contra la propiedad juntos. Puntualizó que quienes cometen estos ilícitos deben ser sancionados con una pena corporal ejemplar.

En otro aspecto, observó que la Fiscalía Nacional Económica no tiene una estructura nacional, lo que complica la persecución de estos ilícitos en provincia, donde también tienen lugar conductas colusorias, y requirió de la autoridad que lo encabeza alguna información relativa al daño acreditado en los casos que se han judicializado y las multas que se han impuesto.

Al respecto, **el señor Fiscal Nacional Económico** indicó que hasta 1999 existía en el papel una estructura regional de la institución que dirige, pero no funcionó en la práctica. Señaló que luego de las reformas que han tenido lugar en la última década, la fiscalía ha llevado a cabo varios procesos en provincia, para lo cual ha tenido que recurrir a abogados particulares o a acuerdos con el Consejo de Defensa del Estado, sobre todo porque las medidas intrusivas deben tramitarse ante la Corte de Apelaciones del lugar. Indicó que lo anteriormente señalado es caro, por lo que podría considerarse algunas sedes regionales para encausar a los responsables donde las conductas colusivas tienen lugar. En relación a los montos obtenidos, manifestó que puede enviar a la Comisión alguna estadística más detallada, pero a la fecha hay un acumulado estimativo de multas percibidas en los procesos seguidos ante el tribunal de la libre competencia, ascendente a 40 millones de dólares aproximadamente. Respecto de la consulta por el daño causado, la autoridad manifestó que es muy difícil de aquilatar, porque habría que comparar la utilidad producida por el cartel con la que se habría obtenido en un mercado con competencia perfecta, lo cual muchas veces es técnicamente muy complejo de determinar, razón por la cual en Europa se ocupa como criterio para sancionar un múltiplo de la facturación obtenida por el cartel en su práctica colusoria, pues ello se refiere a un dato más fácil de obtener.

-.-.-

En una sesión posterior**,** la Comisión escuchó **al Fiscal Nacional del Ministerio Público, señor Sabas Chahúan**.

Al iniciar su intervención, agradeció la invitación cursada por la Comisión para intervenir en esta sesión y señaló que la posición inicial planteada por el órgano persecutor en su oficio del año 2009 ha variado, pues en estos años la institución ha ganado experiencia en la persecución de delitos económicos.

Indicó que se han levantado algunas dudas infundadas respecto de la vigencia del artículo 285 del Código Penal, que es una disposición que nunca ha tenido modificación expresa. Observó que esa figura permitirá llevar a cabo el juicio oral del caso colusión en las farmacias, y toda modificación al respecto que se impulse en esta instancia debe referirse a ella o incorporar otra, pero siempre en el Código Punitivo.

Manifestó que otro punto en discusión es la posibilidad de aplicar las sanciones pecuniarias que establece el artículo 3º bis del decreto ley Nº 211 conjuntamente con las multas de referido artículo del Código Penal, pero ello podría resolverse por las reglas del concurso ideal.

Indicó que cualquier modificación debe considerar una elevación del rango penal mínimo, pues esa medida es la que tiene más efecto en la determinación definitiva de la pena. Observó que como contrapartida podría relativizarse la utilidad de una alteración desmedida de la pena pecuniaria que se determine para el delito, pues la experiencia indica que ello disuade a los jueces de emitir decisiones de condena que consideren también sanciones corporales. Manifestó que una situación similar opera en los delitos contra la probidad.

Señaló que otro punto que es desaconsejable es establecer una regla rígida que permita que el Ministerio Público pueda ejercer la acción penal sólo previa instancia administrativa. Expresó que ello se debe a que los antecedentes recopilados en la instrucción administrativa previa están regulados por las reglas del Código de Procedimiento Civil, lo que implica que el proceso de pesquisa no necesariamente cumplirá con los estándares de las persecución penal, redundado en definitiva en la ilicitud de las pruebas reunidas en la sede infraccional. Como contrapartida, afirmó que la eficacia real de la acción penal está en directa relación, en este caso, con su carácter de pública, o en su defecto, en la calidad de acción popular. Expresó que la Fiscalía Nacional Económica alega que la instancia administrativa previa es necesaria para preservar la eficacia de la delación prestada por alguno de los imputados en el proceso. Sostuvo que ello es preocupante, porque implica por parte de esa repartición pública una arrogación tácita de la facultar de investigar hechos que tienen carácter de delito.

Añadió que la formulación establecida en el inciso tercero del artículo 3º bis introducido por el texto aprobado en general confunde la investigación en sede administrativa con la que tiene lugar en sede penal, y establece una infundada incompatibilidad entre ambas pesquisas, lo que por cierto desconoce la fundamental diferencia entre la responsabilidad administrativa y la penal. Por las razones antes señaladas, la autoridad persecutora se mostró partidaria de suprimir el referido inciso y lo que dispone el siguiente.

A continuación, se refirió a la regla de la delación compensada en sede administrativa, que trata el inciso quinto del artículo 3º bis aprobado en general. Expresó que esa formulación requiere de un examen más detenido, pues la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos debe prestarse también en el proceso penal, y no sólo en la instancia administrativa previa. En cambio, observó que para este caso debería acudirse a la regla establecida en el artículo 22 de la ley Nº 20.000, que considera la cooperación eficaz como atenuante muy calificada cuando ella tiene lugar en el proceso penal y es considerada como tal en esa instancia por el Ministerio Público.

En relación con las nuevas facultades investigativas que plantea el artículo 3º ter aprobado en general, el funcionario valoró la norma, pues la interceptación y grabación de las comunicaciones telefónicas y de otro tipo efectuadas por los imputados para preparar o cometer el delito, son un insumo indispensable para la acreditación del delito de colusión, pues aquél está construido sobre la base de penalizar un acuerdo entre dos o más agentes económicos. Indicó que esta atribución ya existe en la pesquisa administrativa, y ha demostrado ser la principal herramienta para fundar sentencias condenatorias en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Al respecto, puntualizó que no debe perderse de vista que esta facultad investigativa especial nunca opera a discreción de la fiscalía, sino que, por el contrario, siempre procede un control de mérito previo del juez de garantía.

A continuación, hizo uso de la palabra **el Honorable Senador señor Araya**, quien señaló que debe dilucidarse si el ejercicio de la acción penal pública de forma autónoma por parte del Ministerio Público entorpece, en alguna forma, la labor de la Fiscalía Nacional Económica, institución que en el último lustro ha mostrado un extraordinario rendimiento en la persecución administrativa de las conductas que afectan a la libre competencia, a diferencia del sistema persecutorio penal previo.

Sobre el punto antes planteado, **el señor Fiscal Nacional del Ministerio Público** indicó que establecer en este caso una instancia administrativa previa como requisito para ejercer la acción penal puede ocasionar problemas para la autoridad administrativa que deba decidir, pues una dilación en la decisión de un caso que genere revuelo público evidentemente tendrá repercusiones políticas.

A su vez, **el Honorable Senador señor Harboe** manifestó que si se considera incluir como requisito de procedencia de la persecución penal la denuncia o querella previa de la fiscalía nacional económica, debe establecerse, como contrapeso, una regla de responsabilidad en caso de dilación.

Añadió que en la actualidad si un ciudadano tiene antecedentes fidedignos relativos a un acuerdo de precios sólo puede aportarlos en la fiscalía nacional económica, ente que discrecionalmente puede iniciar o no una investigación. Observó que si se establece una regla de instancia administrativa previa para que proceda la persecución penal, todas las denuncias por los delitos que afecten a la libre competencia deberán ser formuladas únicamente en la fiscalía nacional económica, y el ministerio público o los tribunales de justicia quedarán inhabilitados para recibirlas.

El señor Fiscal Nacional del Ministerio Público indicó que coincide con la observación de quien le antecedió en el uso de la palabra, y agregó que estos problemas se resuelven si en definitiva se establece como regla que la persecución penal para este delito puede iniciarse tanto de oficio por el ministerio público, como por denuncia de la fiscalía nacional económica.

Por su parte, **el Honorable Senador señor Espina** recordó que la única norma penal vigente sobre este tema es la figura del artículo 285 del Código Penal, que además de tener una descripción típica deficiente, asigna una sanción corporal muy baja. Explicó que en relación con esta norma existe el riesgo cierto de que colisionen investigaciones administrativas y penales referidas al mismo hecho o a eventos conectados. Expresó que en ese contexto preocupa el diferente estándar jurídico que regula la sede administrativa, lo que necesariamente redunda en la inviabilidad probatoria para la sede penal de los antecedentes recopilados en aquella instancia previa. Finalmente, indicó que no tiene un criterio formado respecto de la iniciativa para comenzar un procedimiento investigativo, pues la mayor parte de los actos de colusión se encuadran en la descripción de los ilícitos administrativos y sólo los casos más graves comparten también un cariz penal.

Seguidamente, **el Honorable Senador Araya** llamó la atención sobre la necesidad de una regulación clara sobre el efecto

de las delaciones. Indicó que los actos de colusión suelen ser operaciones complejas en las que se toman resguardos especiales para ocultar las actividades ilícitas. En ese contexto la forma más directa de lograr resultados sancionatorios relevantes y oportunos es que uno de los actores de la operación se salga y entregue información de primera mano. Pero ese mecanismo supone que existan los incentivos necesarios, que para el caso concreto implica que el denunciante/delator no tendrá responsabilidad en los hechos en los que participó. Expresó que esta circunstancia también debe replicarse en la persecución penal, pero tomando los resguardos necesarios para que el exento de responsabilidad preste una colaboración útil en el proceso.

En otro orden de asuntos, recordó que en los delitos tributarios se considera un modelo de instancia administrativa previa, en los que debería producirse un problema similar al que acá se plantea respecto al estándar probatorio, por lo que sería interesante saber que solución se ha dado en ese caso. Expresó que la potestad investigativa que ejerce el Servicio de Impuestos Internos se emplea según planes generales de fiscalización, lo que perfectamente puede dejar de lado infracciones de menor monta, pero que están generalizadas en la economía y que revisten el carácter de ilícito penal, pese a lo cual nunca son perseguidos por el Ministerio Público porque no se presenta la querella o denuncia previa por el órgano tributario.

Al respecto, **el señor Fiscal Nacional del Ministerio Público** explicó que el ilícito administrativo contenido en la letra a) del artículo 3º del decreto ley Nº 211 describe, básicamente, la suscripción o adopción de acuerdos relevantes para afectar la libre competencia en una industria determinada, en cambio la nomenclatura propuesta en el nuevo artículo 3º bis parte siempre de la base de materializar o ejecutar esos acuerdos, causando perjuicios concretos a los consumidores. Ello importa una primera línea de división, que justifica el ejercicio autónomo de la acción penal por parte del Ministerio Público, con independencia de la decisión administrativa.

Expresó que cuando hay una investigación muy compleja es entendible que la fiscalía nacional económica demore su cometido para llegar al tribunal de defensa de la libre competencia con el mejor caso posible, pero esa demora entorpecerá necesariamente la preparación de los antecedentes para la sede penal.

En relación con lo señalado por el Honorable Senador Araya, explicó que hay categorías enteras de delitos tributarios que no se persiguen, pese que al Ministerio Público le consta que las conductas tipificadas tienen lugar de forma abierta y generalizada, por el solo hecho de que ellos no forman parte de las políticas de fiscalización del Servicio de Impuestos Internos.

A continuación, **el señor Presidente de la Comisión** ofreció el uso de la palabra a la abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Delitos Medioambientales y Crimen Organizado de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público (ULDECCO), **señora Verónica Rosenbluth**, quien en nombre de su repartición agradeció la invitación, y manifestó que tal como lo ha señalado el fiscal nacional, la experiencia en materia de ilícitos tributarios demuestra la conveniencia de innovar. Expresó que la fiscalía también ha tenido problemas con la calidad y estándar de la investigación administrativa previa en estos casos, y ha tenido que afrontar requerimientos sobre el punto ante el Tribunal Constitucional, todo lo que ha generado mucha dilación para la persecución criminal.

A su vez, manifestó que la jurisprudencia también ha limitado en estos casos el radio de acción del ejercicio de la acción penal, estableciendo que el Ministerio Público solo puede enderezar su pesquisa contra la o las personas específicamente individualizadas en la denuncia o querella previa presentada por el Servicio Impuestos Internos, y no contra otros, pese a que la investigación arroje contundentes antecedentes contra ellos.

Luego, hizo uso de la palabra el **señor Fiscal Nacional Económico**, quien manifestó que la experiencia de la institución que dirige demuestra que la investigación de carteles colusivos es un empeño complicado, pues muchas veces la prueba principal que se enarbola en los procesos infracciones son los precios que se observan en el mercado ilícitamente intervenido, pese a que ese mismo dato en mercados competitivos es similar o, peor aún, no hay forma de saber cual habría sido el precio libre pues el mercado en cuestión siempre ha estado intervenido. Manifestó que las modalidades empleadas por los infractores de la ley para acordar estos carteles muestran un grado creciente de sofisticación, lo que importa un desafío para la fiscalía que preside.

Indicó que la configuración del origen ilícito de la renta que el cartelista obtiene es un asunto de mucha sutileza económica, que puede complicar mucho la persecución si es que se decide emplear parámetros penales para sancionar. Lo anterior también justifica el tiempo que demora la fiscalía que dirige en hacer las pesquisas, pues antes de tomar cualquier decisión es necesario desentrañar el sentido económico y la implicancia legal de las operaciones de los sujetos investigados. Añadió que también hay que tener en consideración que la configuración de cada mercado relevante varía en el tiempo, y también el comportamiento de los sujetos que actúan en él, por tanto la apreciación de un ilícito contra la libre competencia tiene mucha más dificultad que la apreciación de un tipo penal en un caso concreto.

Observó que si se impone un esquema de condena que requiere traspasar el umbral de la duda razonable, en vez de requerir sólo que los elementos aportados merezcan, según la apreciación en conciencia, una apreciación mejor que la de la teoría alternativa del caso de la defensa, las posibilidades de condena bajan sustancialmente, sobre todo si se tiene en consideración la complejidad de la prueba que antes se bosquejó.

Manifestó que estas situaciones hacen que incluso en los países con legislación penal exitosa contra los carteles, muy pocos casos lleguen a juicio, y la mayoría se resuelvan en acuerdos extrajudiciales. Observó que aunque en Estado Unidos se impuso un tipo penal antitrust en 1890, pero recién a partir de 1992, con la operativización de las reglas sobre delación compensada, se observan los primeros resultados penales importantes. Expresó que la experiencia nacional indica que las delaciones compensadas funcionan, y por ello es necesario evitar reglas que las desincentiven.

Señaló que aún no ha tenido oportunidad de analizar con detención la propuesta formulada por el Ministerio Público, pero está de acuerdo con lo planteados en esta sesión, en orden a que es necesario establecer mecanismo que no compliquen la labor de las distintas agencias con competencia en estos casos, evitando que la decisión de una dependa de lo que la otra haga. Observó que es evidente que las formas de trabajar de ambas instituciones son distintas.

Finalmente, puntualizó que el problema del non bis in ídem es una realidad vigente en nuestro sistema legal, y no hay una solución disponible clara en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por lo que una formulación como la que el Ministerio Público para un nuevo artículo 3º bis sin lugar a dudas entorpecerá la labor que ha llevado a cabo la fiscalía nacional económica configurando, en diversos casos, los tipos infraccionales que establece el artículo 3º vigente. Añadió que el concepto de "artículos de primera necesidad" que la citada proposición emplea para fundar el tipo es muy vago, y le faltan elementos clave, como la negativa concertada para contratar o los acuerdos de exclusión, que en la práctica tiene efectos mucho más relevantes para la competencia.

Seguidamente, **el señor Presidente de la Comisión** ofreció nuevamente el uso de la palabra al **señor Fiscal Nacional del Ministerio Público**, quien expreso que el tipo penal siempre es perfectible, pero la idea de "artículos de primera necesidad" tiene algún sustento en la práctica habitual de la labor fiscalizadora del SERNAC.

Manifestó que es efectivo que no hay fiscales en el Ministerio Público con un nivel de entrenamiento profesional equivalente al de los profesionales de la Fiscalía Nacional Económica, pero hay un masa

crítica relevante en la institución que preside de persecutores fiscales con experiencia en varios delitos económicos, por lo que de aprobarse una sanción penal a este ilícito el Ministerio Público está en condiciones de iniciar la persecución penal. En ese contexto, insistió en la conveniencia de establecer en este caso una acción penal pública sin requisitos previos, pues muchas veces los imputados desarrollan una verdadera operación delictiva, que incluye tanto infracciones a las normas de la libre competencia como otros ilícitos penales de carácter económico o contra la probidad pública. Finalmente, el fiscal nacional relativizó a preocupación sobre el *non bis in idem*, recordando que en la doctrina nacional está asentado el concepto de que las responsabilidades administrativa y penal son independientes y pueden operar en paralelo respecto del mismo hecho cometido por un mismo imputado.

Por su parte, **el Honorable Senador señor Espina** indicó que la primera definición que esta Comisión está llamada a tomar es si los abusos más extremos a la libre competencia, que afectan a la generalidad de la ciudadanía, merece un reproche penal y una sanción corporal, además de la sanción administrativa que hoy prevé la ley.

Manifestó que la generalidad de las personas asume que en los acuerdos colusorios que afectan bienes de primera necesidad o de consumo generalizado opera un verdadero fraude, mucho más insidioso y sofisticado que las estafas comunes, regularmente sancionadas por nuestro ordenamiento penal. Indicó que en nuestro modelo de economía social de mercado opera una regla general de buena fe de los consumidores, y es precisamente esa buena fe el objeto afectado cuando un acuerdo colusivo de agentes económicos relevantes tiene efectos. Observó que esto no importaría si tuviéramos un sistema con fijación de precios por la autoridad, pero desde hace 40 años nuestro país ha optado por otro esquema económico/institucional.

Agregó que los acuerdos colusivos referidos a los productos de primera necesidad socavan las bases esenciales de nuestro orden público económico.

Señaló que comparte la idea de que la formulación del tipo penal es perfectible, y partiendo de la base que lo que se penalizará son los acuerdos que afecten la venta de productos y servicios al público, las dudas que se plantean es si se requiere daño a los consumidores para configurar el ilícito, pues los acuerdos predatorios para sacar a un consumidor del mercado son en principio beneficios para el público, porque implican la fijación de un precio por debajo del habitual.

En seguida, **el señor Presidente de la Comisión** ofreció nuevamente el uso de la palabra a la abogada, señora **Verónica Rosenbluth,** quien observó que la principal objeción del señor Fiscal

Nacional Económico es que el tipo penal que se propone no suponga que por medio de su configuración los sujetos activos adquieran poder de mercado. Indicó que esto tiene cierta razón de ser, porque detrás del ilícito administrativo está el propósito de proteger la libre competencia, en cambio el tipo penal se centra en sancionar el perjuicio de los consumidores. Explicó que estos propósitos muchas veces se superponen, pero no necesariamente coinciden.

Por su parte, **el Honorable Senador señor Harboe** manifestó que en general en esta materia, hay acuerdo de todos los sectores políticos respecto de la necesidad de legislar, y se comparte la percepción de que los tipos penales actuales no son suficientes para una adecuada represión de estas conductas.

Expresó que en esta discusión hay varios valores comprometidos. Entre ellos destacó: la libre competencia, el sistema económico y la fe pública que los consumidores tienen respecto de la libre circulación de bienes y servicios. Expresó que esos bienes jurídicos son de difícil compatibilización en la redacción de un solo tipo. Manifestó que en función de esa compatibilización debe discutirse cómo operará el ejercicio de la acción penal, y el engarzamiento de las investigaciones hechas por distintas agencias. Puntualizó que esas materias requieren primero la definición de la política criminal apropiada para este caso, y no debe operarse partiendo de los intereses de cada una de las instituciones comprometidas. Añadió que también hay que sopesar bien la situación de excesiva liberalidad respecto de la titularidad de la acción penal, pues un ejercicio indiscriminado de la misma en este caso también puede perjudicar a la libre competencia.

Indicó que a lo anterior se añade el ámbito de penalización que se quiere imponer, pues en la formulación propuesta se parte de la base de un sujeto activo común, lo que puede tener inconvenientes ya que en la descripción del tipo puede caer operaciones habituales de agentes que no son sujetos relevantes en un mercado determinado.

Observó que otro tema en discusión es la procedencia de las medidas intrusivas, que hoy se autorizan para la persecución de la infracción administrativa pero no para una futura disposición penal, en atención de la pena que acá se propone. También hay que considerar el efecto de la delación compensada, pues no hay que perder de vista que en la actualidad es una herramienta vital para el éxito de la persecución administrativa, situación que no se puede malograr por el solo afán de introducir una teórica penalización de la conducta.

Finalmente, señaló que la sanción penal originalmente impuesta por el redactor del Código Penal para el artículo 285

era adecuada para la política criminal y el sistema de determinación de penas de la época, pero hoy no es concordante con el desvalor social percibido a causa de la comisión de atentados a la libre competencia respecto de productos o servicios de primera necesidad.

Luego, **el Honorable Senador señor Espina** consultó cómo opera hoy la persecución del delito del artículo 285 del Código Penal y qué relación se observa entre ello y la actividad que desarrolla la Fiscalía Nacional Económica en aplicación del decreto ley Nº 211.

El señor Fiscal Nacional Económico señaló que ambos institutos funcionan como compartimientos estancos. Explicó que, por un lado, la repartición que el dirige emprende una investigación secreta con los antecedentes que llegan a su conocimiento, y si hay mérito suficiente lleva el caso al tribunal de defensa de la libre competencia, sin que la posible arista penal del punto sea considerada.

El Honorable Senador señor Harboe observó que el estándar empleado para la recopilación y apreciación de los antecedentes que componen la investigación administrativa es un punto complejo para el Ministerio Público, pues el proceso administrativo no sigue la pauta del Código Procesal Penal.

A su turno, **la abogada señora Rosenblut** manifestó que hay que recordar que las multas administrativas en los casos de colusión son pagadas por los agentes económicos y no por las personas naturales que operan tras ellas. Explicó que ello es importante, pues ante una persecución penal, que siempre se lleva contra personas naturales, podría concluirse que no hay tal cosa como una doble incriminación, porque los sujetos perseguidos no son los mismos que en el procedimiento administrativo

El señor Fiscal Nacional del Ministerio Público añadió que ambas indagaciones tienen objetos diversos, pero emparentados, tal como se observó en el conocido caso pollos, en que los fiscales bajo su dependencia solicitaron la información de la fiscalía nacional económica, y como esa repartición no remitió en tiempo y forma lo solicitado, no hubo otra alternativa que anunciar la decisión de no perseverar.

A continuación, hizo uso de la palabra el **Honorable Senador señor Larraín**, quien manifestó que no se debe perder de vista que la legislación actual sobre protección a la libre competencia establece ilícitos administrativos, procedimientos para pesquisarlos y multas para los responsable, todo ello en paralelo con la figura del artículo 285. Añadió que el objeto de esta iniciativa es penalizar las conductas más graves del decreto ley Nº 211, lo que importa adoptar una ruta paralela a lo que señala el artículo 285 del Código Penal, y centrar más bien la atención en

una descripción típica que tenga como base los ilícitos infraccionales que ya existen en el artículo 3º de la ley antimonopolios. Añadió que en esta oportunidad también vale la pena revisar las sanciones administrativas, porque por muy disuasivas que ellas aparezcan en teoría, parece ser que en operaciones comerciales lo suficientemente grandes ellas pueden ser perfectamente internalizadas como un costo más del negocio, que pese a ellas sigue siendo muy rentable.

Por su parte, **el señor Fiscal Nacional Económico** manifestó que coincide con la apreciación planteada por el Honorable Senador señor Espina, en el sentido que por lejos la figura más destructiva para la libre competencia son los carteles, que impulsan prácticas predatorias, que aunque en principio pueden parecer convenientes para el consumidor, a la larga buscan controlar el mercado.

Explicó que en el derecho comparado hay dos maneras de atacar a los carteles. Por una parte está el modelo norteamericano, que penaliza al cartel. Y a continuación está el modelo europeo, que por la vía de las multas, intenta imponer un costo prohibitivo al desarrollo de esa conducta.

Indicó que históricamente el decreto ley Nº 211 partía con una instancia administrativa, dirigida por la fiscalía, y sólo ante casos de especial gravedad, la Comisión Resolutiva instruía al Fiscal Nacional Económico para presentar la querella correspondiente. Pero pese a que se consideraba un tipo penal muy parecido al que hoy se postula, en la práctica la citada Comisión jamás instruyó el ejercicio de la acción penal. Lo anterior supuso que ese esquema no generaba ninguna disuasión real, pese a la existencia de una sanción penal, ya que esa figura era puramente teórica. Manifestó que sería muy interesante estudiar las causas de la ineficacia del sistema penal del antiguo decreto ley Nº 211, pues no es atendible suponer que en los 40 años en que estuvo vigente esa disposición nunca hubo un caso de cartel económico.

Expresó que la modificación que acá se estudia tendrá indudablemente un costo para la efectividad actual del sistema de control administrativo de la libre competencia, y la experiencia demuestra que las compatibilidades institucionales no son fáciles, más allá de las buenas intenciones de quienes las dirijan.

Sobre el punto antes señalado por el Fiscal Nacional Económico, **el Honorable Senador señor Larraín** notó que la imposición legislativa de una penalidad busca principalmente disuadir la comisión de una conducta. Al respecto, consultó si la sanción penal planteada es más disuasiva que las sanciones administrativas que hoy existen, como la disolución de la persona jurídica.

Al respecto, **el señor Fiscal Nacional Económico** puntualizó que la actual normativa no solo contempla como sanción la disolución de la persona jurídica infractora, sino también la modificación coactiva de los contratos que operativizan el cartel. Manifestó que este esquema sancionatorio debería complementarse con inhabilidades personales para integrar directorios, contra quienes actuaron en nombre de los agentes económicos infractores, o imponer a la persona jurídica involucrada la prohibición de participar en licitaciones futuras. Señaló que ese set de medidas es más disuasivo que las sanciones corporales, porque tienen un efecto directo en el patrimonio del infractor.

En otro orden de materias, connotó que el daño como elemento constitutivo de la infracción a la libre competencia retrotrae el asunto a la discusión que sobre el punto se tuvo en la jurisprudencia norteamericana de principios del siglo pasado. Recordó que en su oportunidad en esa sede se desechó ese requerimiento, porque el máximo tribunal de aquel país precisó que la infracción representada por el cartel es de tal entidad por si misma, que no se requiere acreditar otro elemento para que la sanción correspondiente proceda. Añadió que una cosa distinta es la aquilatación de ese daño frente a la ponderación de la magnitud de la multa. Manifestó que en ese sentido ha sido interpretada por el tribunal de la defensa de la libre competencia la expresión "que le confiera poder de mercado", que utiliza el decreto ley Nº 211, pues el daño es justamente una medida de ese poder adquirido. Indicó que la idea de que el cartel afecte realmente al mercado es un elemento insoslayable de cualquier nueva disposición penal.

Observó que la formulación de la infracción administrativa que establece el artículo 3º del texto vigente es compleja, porque su encabezado hace una descripción genérica que se concreta, a modo ejemplar, en las diversas conductas descritas en los literales que siguen, y que terminan siendo configuradas en la jurisprudencia del tribunal de la libre competencia. Expresó que esa forma de describir las conductas reprimidas puede chocar con los requerimientos de tipicidad legal de la legislación penal.

Por su parte, **el señor Fiscal Nacional del Ministerio Público** insistió en añadir al decreto ley Nº 211 una disposición penal, pues ello permite centrar la atención punitiva sólo en quienes ejecutan o hayan ordenado la ejecución de los actos más graves contrarios a la libre competencia.

A su vez, **el Honorable Senador señor Espina** destacó que las disposiciones penales no se introducen con un mero afán disuasivo sino como una forma de retribuir punitivamente el mal causado por el imputado. Expresó que esto es particularmente relevante en la perspectiva de la víctima. Añadió que es necesario incorporar una disposición penal en el

decreto ley Nº 211, pues la formulación actual del ilícito administrativo carece de la precisión requerida para imponer una sanción corporal.

Indicó que coincide con la idea de que primero hay que determinar que actividad se quiere penar, y luego hay que discurrir sobre los aspectos procesales de la persecución, porque si se parte al revés es imposible que se logre un resultado útil.

A su turno, **el señor Fiscal Nacional del Ministerio Público** recordó que hay procesos pendientes por el tipo descrito en el artículo 285 del Código Penal. Señaló que el problema estriba que la formulación de esa disposición es muy restrictiva, está muy desactualizada, e impone penas muy bajas. Expresó que ello se supera mejorando la tipificación, aumentando las penas corporales y estableciendo un esquema proporcional de multas.

El Honorable Senador señor Harboe indicó que hay que prestar atención a un aumento desproporcionado de penas en comparación con otros delitos más graves, y un esquema que permita la imposición de sanciones reales para casos concretos, que no termine con penas inusitadamente bajas a causa del sistema vigente de imposición de penas, pues ello va en directo detrimento del efecto disuasivo de la norma.

Por su parte, **el señor Fiscal Nacional Económico** expresó que en orden a hacer más disuasiva la nueva norma que se quiera aprobar, es necesario establecer un canal facilitado para la interposición de acciones por indemnización de perjuicio, ocupar esquemas del derecho comparado que avalúan legalmente los daños en tres veces el valor de la operación, incluir al SERNAC en el proceso, y establecer un sistema de acciones de clase similar al que contiene la ley de protección al consumidor.

El Honorable Senador señor Harboe destacó lo señalado por quién le antecedió en el uso de la palabra, pues la mera imposición de multas o sanciones corporales no protege ni resarce a los consumidores afectados. Añadió que el efecto disuasivo también se construye si se incorpora como sanción la inhabilidad personal y de la empresa infractora para participar en licitaciones futuras.

-.-.-

En una sesión posterior, **el señor Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Harboe**, concedió el uso de la palabra **al Honorable Senador señor Espina**, quien manifestó que en esta discusión es vital que el tipo penal se modifique y mejore para abarcar, de forma clara, la colusión consistente en el acuerdo para subir los precios, para bajar los precios y depredar, establecer cuotas de producción o fijar zonas

cerradas de comercialización. Observó que aunque existe una norma en el Código Penal como el artículo 285, es mejor aclarar su formulación para que no queden hipótesis fuera.

Respecto al ejercicio de la acción penal, manifestó que es preferible que este asunto sea de competencia exclusiva de la Fiscalía Nacional Económica, de forma tal que el Ministerio Público proceda sólo previa instancia administrativa. Expresó que en ningún caso debe considerarse la acción popular, y que es necesario construir un mecanismo para que la delación compensada sea efectiva, lo que implica un trabajo mancomunado de las agencias involucradas. Señaló que el mecanismo que se diseñe debe tener efectos tanto en el proceso administrativo como en el penal, pero en todo caso debe asegurarse que el imputado beneficiado preste toda la colaboración necesaria para lograr un sentencia condenatoria contra el resto de los implicados en la operación.

Por su parte, **el Honorable Senador señor Larraín** insistió en que la discusión debe partir de la necesidad de reformular el tipo penal actual, e introducir una nueva tipificación que tenga en mente que el objetivo del sistema no es solamente sancionar al infractor sino que prevenir la existencia de actos que atenten contra la libre competencia. Desde esa perspectiva, resulta imprescindible fijar la atención en el costo que debe imponerse a la conductas que se quieren evitar, y por ello las multas no deben ser meros gravámenes de la operación sino en verdaderas barreras infranqueables, y ha de considerarse también sanciones adicionales como la disolución de las empresas infractores y las inhabilitaciones comerciales para los culpables.

A su vez, **el Honorable Senador señor Araya** volvió a llamar la atención en el estándar con el cual se recoge y valora la evidencia en sede administrativa, la cual se guía por normas que no cumplen las exigencias del proceso penal, y por ello, argumentó, esos antecedentes no se pueden considerar en el juicio oral posterior. Manifestó que esta discordancia es fundamental, porque obliga a la Fiscalía Nacional Económica y al Ministerio Público a hacer dos investigaciones paralelas.

A continuación, hizo uso de la palabra **el Fiscal Nacional Económico, señor Felipe Irarrázaval**, quien volvió a agradecer en nombre de su institución la invitación a participar en esta discusión.

Observó que su servicio tenía algunos reparos sobre la misma. En primer término, expresó que la repartición que dirige es una agencia pequeña, con una cantidad acotada de recursos y que no cuenta con un departamento de asesoría legislativa. Pese a ello, ha debido participar en muchas sesiones de esta Comisión, en la discusión del proyecto paralelo que se tramitó en la Comisión de Economía del Senado, en la formulación del anteproyecto del Ejecutivo sobre la materia, y en, a lo menos

14 mociones presentadas por diversos señores Diputados sobre la misma materia. Expresó que la atención que a su institución le ha requerido seguir todos estos procesos supone redirigir gran cantidad de recursos profesionales, que originalmente están destinados a la persecución de ilícitos económicos. Señaló que entiende perfectamente la necesidad que la instancia que dirige plantee su punto de vista en el Congreso Nacional, pero observó que ello sería más fácil si toda la discusión se concentrara en un único cauce.

En segundo término, expresó que el Ministerio Público ha cambiado diametralmente su opinión inicial sobre el tema desde el oficio FN Nº 249/2009, y la nueva proposición que planteó la máxima autoridad de esa dependencia aún no ha sido adecuadamente procesada por su repartición.

En tercer lugar, y desde una perspectiva más amplia, manifestó que la penalización como solución a la colusión es un asunto altamente debatible. Expresó que el *King College* ha emitido hace poco tiempo atrás un estudio comparativo sobre la eficacia de distintos modelos legislativos para perseguir carteles, y los resultados de las herramientas penales dejan mucho que desear a la hora de generar desincentivos reales, tal como lo demuestra el exiguo número de condenas en lugares como el Reino Unido, Grecia y Canadá. Añadió que el único lugar que muestra un mayor número de encarcelados es Estado Unidos, pero si se revisan mejor las cifras se observa que la mayor parte de los condenados por esta causa son ejecutivos de mediano o menor rango y extranjeros. Manifestó que como contrapartida el sistema continental europeo de persecución, que se basa en la responsabilidad administrativa y en penas pecuniarias, genera 1500 millones de euros en promedio al año, lo que por sí mismo parece ser una formidable barrera de entrada.

Al respecto, **el Honorable Senador Larraín** consultó si hay alguna evidencia que permita comparar los resultados de un sistema sin sanciones a otro que sólo considere castigos económicos.

En respuesta a lo consultado, **el señor Fiscal Nacional Económico** indicó que de forma directa no existe el dato solicitado por Su Señoría, pues no hay tal como cosa como un sistema económico desarrollado que no tenga algún mecanismo de control de los carteles, por lo que no hay un caso para ocupar como baremo de control en una investigación. Con todo, recordó que su institución contrató con la consultora Delloite un encuesta dirigida a los abogados que litigan habitualmente ante el Tribunal de la Libre Competencia, y esos profesionales expresaron que la jurisprudencia de esa instancia ha tenido efectos en la forma como hacen negocios los actores económicos más relevantes en Chile.

Señaló que en ese contexto la institución que dirige puede colaborar en mejorar el sistema actual, y preferirían que el Ministerio Público siguiera en paralelo con el desarrollo de una proposición penal.

Los Honorables Senadores señores Espina y de Urresti estuvieron de acuerdo con lo planteado por el Fiscal.

A continuación, hizo uso de la palabra la señora **Verónica Ronsenbluth**, quien manifestó que la Fiscalía Nacional del Ministerio Público está dispuesta a prestar toda la colaboración necesaria para la mejor decisión en este asunto. Indicó que la postura inicial de su repartición varió porque desde 2009 dicho servicio ha ganado mucha experiencia en la persecución de delitos económicos, y en esas pesquisas se ha detectado que muchas operaciones tienen un componente relevante de infracción a la libre competencia.

Señaló que si la decisión política considera mejorar la efectividad de las disposiciones penales y evitar a toda costa el derecho penal simbólico, es necesario algún sistema de instancia administrativa previa que certifique que hay hechos que pueden revestir la calidad estos nuevos delitos, y que la posible pena que enfrente los infractores no haga aplicable, de forma automática, la ley Nº 18.216, sobre penas sustitutivas a las privativas de libertad. Precisó que en la redacción de esa disposición debe colaborar, necesariamente, la Fiscalía Nacional Económica, porque esa institución tiene una experiencia insoslayable en esta materia.

Expresó que entiende la preocupación por mantener la eficacia de la delación compensada en la sede administrativa, lo que supone, necesariamente, que la exclusión de responsabilidad también se extienda a la sede penal, pero ello siempre que se asegure que ese beneficiado prestará en el proceso criminal toda la colaboración necesaria para condenar a los demás partícipes.

Finalmente, puntualizó que su organismo está constitucionalmente abocado a la investigación de los hechos ya cometidos que revisten características de delitos, y al ejercicio de la acción penal pública cuando corresponda, por lo que no le corresponde hacer juicio alguno sobre los posibles efectos disuasivos de una medida legislativa.

A continuación, el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Harboe, concedió el uso de la palabra a **la ex Jefa de la Dirección Jurídica del Ministerio de Justicia, señora Paulina Vodanovic**, quien en nombre de su cartera agradeció la invitación cursada, e inició su presentación señalando que el Ministerio ha comisionado a los abogados y profesores de derecho penal señores Acosta, Couso, Mañalich,

Matus y Ortiz para hacer una completa revisión del proyecto de nuevo Código Penal presentado por el ex Presidente señor Piñera en el último día de su mandato, el que a su vez es una revisión del anteproyecto desarrollado por el foro penal convocado por el Ejecutivo en el año 2005.

Señaló que la iniciativa presentada considera un título amplio sobre delitos económicos, que tiene en consideración la proporcionalidad punitiva con otros ilícitos. Añadió que ese título será revisado en conjunto con el Ministerio de Economía.

Indicó que la penalización de la colusión requiere un cuidado particular en la formulación del tipo penal para no afectar el sistema de control administrativo sobre estas conductas, que a la fecha ha brindado excelentes resultados. Añadió que también es necesario ser muy cuidadoso en la regulación procesal, porque en la discusión anterior en esta Comisión ya ha sido traído a colación el problema del efecto penal de la delación prestada en sede administrativa, el estándar de prueba que se emplea en uno y otro procedimiento, y la titularidad del ejercicio de la acción penal.

Finalmente, manifestó que su cartera considera que toda la legislación penal económica debería quedar contenida en un título propio al interior del Código Penal, para que las distintas figuras delictivas guarden la debida coherencia mutua, por lo que se mostró en desacuerdo con penalizar la colusión en el decreto ley Nº 211.

El Honorable Senador señor Araya agradeció la claridad de la postura expuesta por el Ejecutivo, y solicitó a la Comisión que se oficiara a la cartera de Justicia para que la discusión de la arista penal de la protección a la libre competencia se concentre en esta instancia, en vista y considerando el tiempo y trabajo que acá se le ha dedicado al tema.

Los miembros de la Comisión concordaron con la solicitud planteada por Su Señoría y acordaron oficiar al Ministerio de Justicia en ese sentido. Dicho oficio se dirigió al Ministerio de Justicia con fecha 10 de octubre de 2014 y tiene el número CL/421/2014. La respuesta al mismo se acompaña como documento anexo a este informe.

A continuación, **el Honorable Senador señor Araya** manifestó que no cabe duda que las multas tienen un efecto disuasivo importante, pero ello no parece ser óbice de la posibilidad de imponer, además, una pena corporal, sobre todo si se tiene en consideración que las estafas de menor monta tienen considerados este tipo de castigos, y es indudable que el reproche social a los atentados a la libre competencia es mayor.

Expresó que el Ministerio Público debe concentrarse en la preparación de la tipificación penal, y tiene que formular de manera precisa las normas procesales necesarias para que esa disposición sustantiva no termine siendo derecho penal simbólico. Añadió que, en paralelo, la Fiscalía Nacional Económica debe avanzar en el perfeccionamiento del actual esquema de persecución administrativa, incrementando las multas e introduciendo como nuevas sanciones las inhabilidades comerciales para los condenados.

Al respecto, **el señor Fiscal Nacional Económico** planteó que ellos están dispuestos a revisar críticamente las proposiciones que plantee el Ministerio Público. La autoridad subrayó también que no hay que perder de vista que lo que acá se discute es un cambio de proporciones para el sistema de defensa de la libre competencia, similar a la discusión que tuvo lugar en el Parlamento en el año 2003, por lo que no es responsable comprometer una respuesta técnicamente adecuada antes de cinco meses. Recordó que la actual institucionalidad recién entró a funcionar en el año 2009, y en el lustro que se cuenta desde esa fecha ha mostrado mucho más resultados que todo el resto del aparato público en todo el período anterior de nuestra historia republicana. Por esa razón, llamó a la prudencia de los legisladores, pues un cambio poco meditado puede echar por la borda todo lo avanzado en este tiempo.

A su vez, **el Honorable Senador señor Espina** recordó que no está en discusión la vigencia del artículo 285 del Código Penal. Añadió que la posición planteada por el Fiscal Nacional Económico parece ser atendible, pero es necesario tener en cuenta también que la sensación que queda al final en la ciudadanía es que cuando se produce un delito de cuello y corbata la única sanción es el cobro de una multa, que termina siendo un costo de la operación y los culpables nunca terminan en la cárcel.

Al respecto, **el Honorable Senador señor Araya** manifestó que comparte la apreciación antes señalada, pero observó que el asunto no se reduce sólo a la formulación del tipo. Explicó que tan importante como lo anterior es regular bien la parte procesal, para que los antecedentes recogidos en la investigación administrativa sirvan para la penal; y fijar un sistema claro para el ejercicio de la acción penal.

Por su parte, la **abogada señora Rosenblut** observó que la idea expresada por la representante del Ministerio de Justicia, que considera que la tipificación penal de las figuras que protegen la libre competencia quede comprendida en el Código Penal conjuntamente con el resto de los delitos económicos, es atendible. Observó que también debe incluirse una regulación precisa sobre la forma como debe recogerse y valorarse la prueba en la sede administrativa, equiparando el estándar al que hoy se ocupa para las pruebas intrusivas en el Código Procesal Penal.

El Honorable Senador señor De Urresti señaló que las intervenciones anteriores revelan la necesidad de que el Ministerio de Justicia, el de Economía y el Ministerio Público trabajen de manera coordinada en este tema. Indicó que el Ministerio Público debería considerar elaborar un borrador que recoja estas observaciones, y el Ministerio de Justicia puede colaborar mandando a la Comisión el estado de avance de su redacción de la indicación sustitutiva del proyecto de nuevo Código Penal, en la parte sobre delitos contra la libre competencia. Por su parte, señaló que los Parlamentarios presentes deben hacer todos los esfuerzos para que la discusión de todas las iniciativas legales sobre este tema se concentren en la Comisión de Constitución, porque el reclamo del Fiscal Nacional Económico, referido a la dispersión de la discusión, es del todo atendible.

-.-.-

En una sesión posterior, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Harboe**, expresó que en principio parece que el perfeccionamiento del sistema de protección de la libre competencia debe optar por la vía administrativa o la penal.

Al respecto, **el Honorable Senador señor Espina** recordó que el Senado ya aprobó la idea de legislar en esta materia con un quórum alto, y el propósito de lo acordado es introducir una sanción penal para las infracciones más graves.

A continuación, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador Harboe**, ofreció el uso de la palabra al abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Delitos Medioambientales y Crimen Organizado de la Fiscalía Nacional (ULDECCO), **señor Alejandro Moreira**, quien en nombre de su repartición manifestó que dentro de plazo hicieron entrega a la Comisión de una propuesta de redacción alternativa para este proyecto de ley. Su tenor es el siguiente:

"Art. 1º. Introdúcense las siguientes modificaciones en el decreto con fuerza de ley Nº 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley Nº 211, de 1973

1. Incorpórase el siguiente artículo 3 bis nuevo.

“Art. 3 bis: Sin perjuicio de las sanciones civiles que corresponda aplicar en virtud del artículo anterior, serán castigados con la pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, multa de 100 a 2.000 UTM e inhabilitación temporal para ejercer como director, gerente o administrador de una sociedad anónima o mercantil o como dirigente de una asociación gremial, los que en perjuicio de los

consumidores, hubieren celebrado, ejecutado, permitido u ordenado la ejecución de acuerdos contrarios a la libre competencia.

Para efectos de lo dispuesto en el inciso anterior se entenderá que perjudican a los consumidores y son contrarios a la libre competencia, todo tipo de acuerdos expresos o tácitos, incluidas las prácticas concertadas que refiriéndose a bienes y servicios vinculados a la salud, alimentación, vivienda, suministro, transporte y educación de la población, fijen sus precios encareciéndolos o afecten las condiciones de venta y comercialización de los mismos, restringiendo su disponibilidad en el mercado, disminuyendo su calidad o limitando su producción.

Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso anterior sólo podrán ser iniciadas de oficio por el Ministerio Público o previa denuncia o querella del Fiscal Nacional Económico.

Se considerará como eximente de responsabilidad penal la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos que haya prestado el imputado en el proceso penal, cuando éste hubiere accedido previamente a una reducción o exención de la multa de acuerdo con el artículo 39 bis de este decreto ley.

2. Modifícase la letra b) del artículo 39, sustituyendo en su inciso 1º la frase “Exceptúanse las investigaciones criminales y causas de esa naturaleza.”, incluyendo el punto aparte que le precede, el que deberá ser sustituido por una “,”, por la de “quedando facultado además en forma exclusiva, para denunciar o presentar querella respecto de los hechos sancionados en el artículo 3 bis de este decreto Ley.”

3. Agrégase los siguientes incisos noveno y décimo al artículo 39 letra n):

Inciso 9º: “Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, en los casos en que el Fiscal Nacional Económico haya resuelto formular denuncia o querella ante el Ministerio Público por los hechos sancionados en el artículo 3 bis de este decreto ley, deberá informar en el mismo acto al órgano persecutor la circunstancia de haber obtenido autorización judicial para realizar una o más de las medidas a que se refieren los numerales 1 a 4 del literal n) de este artículo, así como el hecho de haber realizado o no dichas diligencias o de encontrarse éstas pendientes o en ejecución, debiendo remitir, a requerimiento del Ministerio Público, conjuntamente con la copia del expediente administrativo, copia de los registros y antecedentes obtenidos a partir de dichas actuaciones, para su utilización en el proceso penal. La misma regla regirá en el caso que la investigación penal se haya iniciado de oficio.

Inciso 10º: Para los efectos de su incorporación al proceso penal, no se aplicará lo dispuesto en el artículo 276 inciso tercero del Código Procesal Penal, respecto de las copias de los registros y antecedentes que hayan sido recabados por la Fiscalía Nacional Económica a partir de diligencias realizadas con autorización de Ministro de Corte de Apelaciones.

Art. 2º. Introdúcese la siguiente modificación al Código Penal:

Deróganse los artículos 285 y 286 del Código Penal.

Art. 3º: Introdúcense las siguientes modificaciones al artículo 6º del Código Orgánico de Tribunales:

1. Sustitúyese en el numeral 9º, la letra “y” y la coma (,) que le precede, por un punto aparte.

2. Reemplázase al final del numeral 10, el punto aparte por una letra “y” precedida de una coma (,).

3. Agrégase el siguiente numeral 11, nuevo:

“11. Los sancionados en el artículo 3º bis del decreto con fuerza de ley Nº 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley Nº211, de 1973, cuando afecten la libre competencia en los mercados chilenos.”

Art. transitorio: Las disposiciones penales contempladas en la presente ley, sólo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia, los artículos 285 y 286 del Código Penal, quedarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal.".".

Explicó que la propuesta antes transcrita está conformada sobre tres pilares:

1.- Centrar la atención en la naturaleza del tipo penal.

2.- Introducir una regulación procesal que compatibilice la parte administrativa con la penal.

3.- Aclarar el efecto de la delación compensada en el proceso penal.

Expresó el señor Moreira que la parte objetiva del tipo penal desarrolla las conductas objeto de la prohibición, y las enmarca en acciones en perjuicio de los consumidores y contrarias a la libre competencia, de forma de cerrar cualquier objeción sobre el respecto al principio de tipicidad legal. Añadió que se trata de una figura de mera actividad y no de resultado.

Desde el punto de vista del tipo subjetivo, manifestó que se sanciona solo la faz dolosa de la conducta, y que es una figura común y no de sujeto activo calificado.

En relación con las sanciones, puntualizó que se propone una pena privativa de liberad que parte en 541 días de presidio, una multa, y una accesoria de inhabilitación para ser director, gerente o administrador de una sociedad anónima o mercantil, o dirigente de una asociación gremial.

Además, se contempla la derogación de los artículos 285 y 286, pero estableciendo al respecto una norma transitoria que permite su supervivencia.

Connotó que la proposición ocupa el giro "sin perjuicio" en el encabezado, con el propósito de aclarar que las persecuciones administrativa y penal se pueden emprender de forma independiente y en paralelo. Al respecto, observó que se precisa una regla amplia para ejercer la acción penal, tanto si hay una denuncia o querella previa de la Fiscalía Nacional Económica, como según la regla general, que permite que el Ministerio Público accione por sí mismo.

En relación con la regulación probatoria, destacó que se incorpora una norma que establece permite incorporar al proceso penal todos los antecedentes recopilado por la Fiscalía Nacional Económica con autorización de un ministro de Corte de Apelaciones, sin que esos antecedentes puedan ser excluidos en el auto de apertura del juicio oral por las causales que establece el artículo 276 del Código Procesal Penal.

Finalmente, expresó que tal como se anotó en las sesiones anteriores de la Comisión, la proposición considera una regla especial para excluir de responsabilidad penal a quien actuó como delator en el procedimiento administrativo, pero siempre y cuando preste la debida colaboración en la instancia criminal.

A continuación, **el Honorable Senador señor Espina** consultó porqué se obvió la referencia a bienes de primera necesidad o de consumo generalizado.

Por su parte, **el Honorable Senador señor Araya** manifestó sus dudas sobre la constitucionalidad del artículo transitorio, teniendo en consideración que el párrafo octavo del número 3º del artículo 19 de la Carta Fundamental expresamente hace aplicable la ley posterior más favorable al imputado.

A su vez, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Harboe,** echó de menos en la proposición una referencia expresa a la obligación de indemnizar a los consumidores perjudicados. Añadió que también se vuelve a considerar un tope fije para las multas y no, como se discutió en sesiones anteriores, un múltiplo de la operación sin límite superior. Expresó que lo anterior es muy relevante, porque en operaciones de monta suficientemente importante toda multa puede terminar siendo un costo del negocio.

Por su parte, señaló que la regla sobre el efecto de la delación prestada en la sede administrativa para el subsiguiente proceso penal no es aún la adecuada, porque la redacción propuesta desincentiva esa actitud en los partícipes.

En respuesta a las interrogantes antes planteadas, **la abogada del Ministerio Público, señora Verónica Ronsenblut**, expresó que es necesario circunscribir el ámbito de los que se entiende por contrario a la libre competencia y perjudicial para los consumidores, y por eso la propuesta considera, a título ejemplar, los bienes y servicios que se estiman de primera necesidad.

Añadió que la repartición que ella representa está consciente de la relevancia que tiene en sede administrativa la delación, pero la presente propuesta técnica fue elaborada en el contexto del proceso penal, y al respecto se considera que la posibilidad de la imposición de una sanción penal fomenta, y no inhibe la delación compensada.

Al respecto, **el Honorable Senador señor Araya** observó que aún subsiste el problema del efecto penal la delación prestada en la sede administrativa, más allá de los hipotéticos efectos que pueda tener la declaración prestada en una u otra sede. Por su parte, **el Honorable Senador señor Espina** puntualizó que se debe establecer, en términos formales, una eximente de responsabilidad penal para quien presta una declaración relevante en el proceso administrativo, y añadir que la acción quede en manos de la Fiscalía Nacional Económica.

-.-.-

En una sesión posterior, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor De Urresti**, informó que con el fin de avanzar en esta materia, se ha elaborado una propuesta que trata de recoger las observaciones, precisiones y comentarios que se formularon en sesiones precedentes de la Comisión.

El texto de dicha proposición, que sometió a consideración de la Comisión es el siguiente:

"Artículo primero.- Introdúcense las siguientes modificaciones al decreto con fuerza de ley Nº 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley Nº 211, de 1973:

1.- Incorpóranse los siguientes artículos nuevos:

“Artículo 3º bis.- Sin perjuicio de lo previsto en el artículo anterior, los que en perjuicio de los consumidores, celebraren acuerdos contrarios a la libre competencia para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios de consumo general, limitar su producción, alterar las condiciones de su venta, disminuir su calidad, o asignar zonas o cuotas de mercado para su comercialización, o hubieren ordenado acordarlos, serán castigados con la pena de presidio menor en su grado máximo a mayor en su grado mínimo, e inhabilitación temporal en su grado máximo para ejercer como director, gerente o administrador de una sociedad mercantil, o integrar una asociación gremial.

Para fijar la pena del delito anterior, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal ni las reglas especiales establecidas en otras leyes. En su lugar, determinará su cuantía dentro de los límites señalados en el inciso anterior, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. En consecuencia, el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al delito, salvo lo dispuesto en los artículos 51 a 54, y 103 del Código Penal.

Será aplicable lo previsto en la ley Nº 18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere sancionado.

Él o los acusados que no se encuentren en la situación descrita en el artículo 39 ter, y que hayan cooperado

sustancialmente con la investigación, se les rebajará en un grado la pena determinada según lo que dispone el inciso segundo.

Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero podrán ser iniciadas previa denuncia o querella formulada por la Fiscalía Nacional Económica.

Será competente para conocer de este delito el tribunal del lugar donde se ocasionaron los perjuicios a los consumidores. En caso de haber más de un tribunal competente se aplicará la regla establecida en el artículo 112 del Código Orgánico de Tribunales.

Artículo 3° ter. Para la investigación del delito sancionado en el artículo anterior, el Ministerio Público podrá solicitar al Juez de Garantía que ordene la interceptación y grabación de las comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación en que intervengan personas respecto de las cuales existan fundadas sospechas de haber participado o estar participando en la ejecución de los acuerdos o prácticas concertadas a los que dicho artículo se refiere.”.

2.- Intercálase, en el inciso cuarto del artículo 20, entre la expresión “artículo 3°” y el vocablo “prescribirán”, la frase “y en el artículo 3° bis”.

3.- Incorpóranse las siguientes modificaciones al artículo 26:

a) Reemplázase en la letra c) del inciso segundo la oración “Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales y, en el caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3°, hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales.”, por la siguiente: “Aplicar multas a beneficio fiscal de hasta tres veces el beneficio económico obtenido por el infractor y, en el caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3°, hasta por una suma equivalente a cuatro veces dicho beneficio.”.

b) Incorporar una letra d), nueva, del siguiente tenor:

“d) En el caso de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3º, podrá imponer, además, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la Administración del Estado o empresas públicas creadas por ley, empresas del Estado y las sociedades en que éste tenga aporte, participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, cualquiera sea el estatuto por el que se rijan, hasta por el plazo de cinco años contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.”.

4.- Reemplázase el inciso primero del artículo 30º por el siguiente:

“Artículo 30.- La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar, con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá individual o colectivamente ante el juez de letras con competencia en lo civil del domicilio principal en Chile del infractor. El monto de los perjuicios será determinado por el tribunal que conozca la acción civil correspondiente, el que no podrá ser menor al doble del precio pagado por cada demandante. Se tramitará de acuerdo aplicables las reglas del Libro III del Título XI del Código de Procedimiento Civil y las del párrafo segundo del título IV de la ley Nº 19.496, en lo que corresponda.”

5.- Introdúcese un artículo 39 ter, nuevo, del siguiente tenor:

“Artículo 39 ter.- El que ejecutare algunas de las conductas descritas en el artículo 3º bis quedará exento de responsabilidad penal cuando sea el primero en aportar a la Fiscalía Nacional Económica, antecedentes que conduzcan a la acreditación de dichas conductas y a la determinación de sus responsables.

Para acceder a este beneficio, el ejecutor de la conducta deberá cumplir los siguientes requisitos:

1.- Proporcionar a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar una acusación;

2.- Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía Nacional Económica haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud;

3.- Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud,

El cumplimiento de las condiciones anteriores será determinado, a juicio exclusivo del Fiscal Nacional Económico, en una resolución fundada dictada al efecto.

4.- Prestar, a juicio del tribunal penal, colaboración sustancial para el esclarecimiento de los hechos en la investigación penal.

Quien intente acogerse a los beneficios de este artículo presentando, a sabiendas, antecedentes falsos o fraudulentos, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo. Esta sanción se acumulará materialmente a la que corresponda según lo dispuesto en el artículo 3º bis.

La exención de responsabilidad penal establecida en este artículo no impedirá perseguir la responsabilidad civil derivada de este ilícito.”

Artículo 2º.- Incorpóranse las siguientes modificaciones al artículo 6º del Código Orgánico de Tribunales:

1.- Sustitúyese en el numeral 9º, la letra “y” y la coma (,) que le precede, por un punto aparte.

2.- Reemplázase al final del numeral 10, el punto aparte por una letra “y” precedida de una coma (,).

3.- Agrégase el siguiente numeral 11, nuevo:

“11. Los sancionados en el artículo 3º bis del decreto con fuerza de ley Nº 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley Nº 211, de 1973, cuando afecten la libre competencia en los mercados chilenos.”.".

Al iniciarse el estudio de este asunto, **el Honorable Senador Harboe** manifestó que la formulación antes señalada es un primer intento para conciliar las distintas posiciones vertidas en las sesiones anteriores por la Fiscalía Nacional Económica y el Ministerio Público, y por diversos informes que han llegado en el tiempo intermedio, elaborados por distintos expertos y centro de estudios, y que se pronunciaban tanto respecto del proyecto aprobado en general, las indicaciones y la proposición sustitutiva presentada en la ocasión anterior por la Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

Por su parte, **el Fiscal Nacional Económico, señor Felipe Irarrázaval**, manifestó que la formulación del tipo penal es una versión mejorada de la proposición sustitutiva, presentada por el Ministerio Público, pero persisten algunos defectos que dificultan su aplicación. En primero término, sostuvo que el perjuicio de los consumidores es un requisito que no se requiere en las legislaciones de países con sistemas económicos más avanzados, porque se parte de la base que la existencia de un cartel, por si mismo, es una infracción per se. Ello no implica que esos perjuicios sean la consecuencia de esa infracción, pero no que integren la descripción típica.

En segundo lugar, indicó que la idea de bienes o servicios de consumo general también agrega un elemento de complejidad innecesaria a la figura. Observó que es posible que el cartel opere en la parte superior de la cadena de producción, respecto de las materias primas o insumos para producir o comercializar esos bienes o servicios de consumo general, y en ese caso los consumidores finales terminan siendo perjudicados pese a que el objeto del acuerdo no verse sobre bienes o servicios de consumo general. Con todo, este concepto es mejor que la enumeración ejemplar que hacía la proposición del Ministerio Público respecto a que se entendería por bienes y servicios de primera necesidad.

En tercer término, expresó que echa de menos en la nueva formulación una mención expresa de que el cartel es un acuerdo entre competidores, y que se ocupe un concepto amplio de competidor, de forma tal que por ejemplo los carteles acordados en el seno de una asociación gremial también sean castigados por esta vía. Observó que incluso hay casos en que funcionarios públicos u órganos del Estado han participado en carteles.

Finalmente, respecto de la formulación del tipo, recordó que el proyecto de Código Penal ingresado por el Ejecutivo anterior contempla una figura de colusión limitada a las licitaciones públicas en una forma similar al tipo del derecho penal alemán, y si se quiere avanzar más allá - como al parecer es la intención de la Comisión -, el énfasis represivo debe centrarse en la figura del cartel, sobre todo cuando su objeto es la fijación de un precio, de un cantidad de venta, o la determinación de zonas geográficas exclusivas de comercialización. En ese contexto, observó que los acuerdos de comercialización exceden un poco ese foco, y quizás deben quedar sólo para la persecución administrativa.

Seguidamente, celebró la idea de que el ejercicio de la acción penal proceda sólo previa instancia administrativa, porque demuestra el avance de nuestro país en la defensa de la libre competencia y recoge la experiencia del Servicio de Impuestos Internos y algunas Superintendencias. Al respecto, recordó que el cargo que ejerce no es de exclusiva confianza de la primera mandataria, y que su nombramiento tiene un plazo determinado. Observó que esta fue la modificación que se introdujo en la modificación del año 2009.

Respecto a la modificación del sistema de multas que se considera, observó que la determinación del beneficio es una dificultad económica y jurídica, sobre todo en caso de carteles de larga data, en los que no hay un contra factual válido para comparar. Con todo, manifestó que es positivo eliminar el límite superior fijo, porque el actual ya sobrepasó el límite disuasivo.

A continuación, observó que es muy adecuado que la sanción sea un múltiplo de dicho beneficio, pues los estudios norteamericanos coinciden que la percepción de posibilidad de detección de los actores económicos involucrados en carteles varía entre un sexto y un quinto, por tanto el costo económico real de esa conducta es la multiplicación entre el peor escenario (la máxima pena) y la posibilidad de detección. Indicó que ese producto debe compararse con el beneficio del cartel, a la hora de considerar multas realmente disuasivas.

Señaló que aunque no es experto en el tema, la idea de ampliar la acción civil indemnizatoria es en principio adecuada, aunque debe estudiarse mejor la presunción legal de perjuicios, pues el doble de lo pagado por cada demandante no es un término claro a la luz de considerar que el objeto preferente de punición es el cartel. Recordó que el derecho comparado permite accionar en estos casos por el triple del daño que produjo el cartel, y en el caso norteamericano operar a través del sistema de acciones colectivas.

Luego, hizo uso de la palabra **el Honorable Senador Harboe**, quien coincidió con la crítica relativa a la indeterminación del concepto de consumo general. Añadió que aunque la proposición consideraba prevé que el inicio de la acción penal procederá previa instancia administrativa, a renglón seguido se faculta al Ministerio Público para que, en el curso del proceso seguido a raíz de la denuncia o querella de la Fiscalía Nacional Económica, pueda solicitar al juez intervención de telecomunicaciones privadas. El problema de lo anterior estriba en que estas medidas intrusivas pudieron haber tenido lugar previamente en el curso del proceso infraccional, o incluso, si no tuvieron lugar anteriormente, pueden perjudicar el desenlace del juicio seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Finalmente, hizo presente que hay cierta discusión jurisprudencial respecto del momento en que se interrumpe la prescripción, lo que tiene una complicación extra para este caso, pues ahora se parte de la base que la activación de la acción penal depende de la decisión de la Fiscalía Nacional Económica, opción que sólo puede ser tomada una vez que, a su vez, se haya dado inicio a un proceso administrativo previo.

Por su parte, **el Honorable Senador señor Araya** indicó que comparte la inquietud planteada anteriormente sobre el cómputo de la prescripción y su interrupción. Añadió que el Fiscal Nacional Económico argumentó acertadamente sobre la inconveniencia de establecer un techo fijo para la multa, y también para fijar, como parámetro de determinación de esa sanción, el beneficio económico de la operación. Pero esas objeciones dejan sin un criterio claro para que el juez determine la multa. En razón de lo anterior, Su Señoría solicitó al Fiscal Nacional Económico un criterio alternativo para determinar las sanciones.

A continuación, hizo uso de la palabra el **Honorable Senador señor Espina**, quien insistió que en este caso la Sala del Senado ya ha aprobado la idea de establecer una sanción penal en contra de quienes se coluden. Indicó que esa decisión se tomó sobre la base de la existencia de la figura del artículo 285 del Código Penal, y la constatación de los defectos que esa norma tiene para la adecuada protección de la libre competencia, desde la perspectiva de su formulación típica, así como por la magnitud insuficiente de las penas que asigna. Recordó que esta Comisión ha estudiado este tema por más de cinco años, y por ello la presentación intempestiva de nuevas iniciativas para este mismo objeto debe rechazarse, pues de lo contrario se resta, de manera enormemente injustificada, el mérito al trabajo de los parlamentarios.

En relación con el ejercicio de la acción, coincidió con la idea de que la acción penal sea ejercida una vez que la Fiscalía Nacional Económica presente la correspondiente querella. Con todo, observó que una vez que se adopte esa decisión, en la práctica se incoarán dos procesos investigativos sobre los mismos hechos, regulados por estatutos jurídicos distintos y encabezados por agencias distintas. Expresó que lo anterior permite temer, fundadamente, en la posibilidad de entorpecimientos mutuos, y por ello es necesario establecer alguna regla que permita compatibilizar ambas situaciones. Añadió que también, a ese respecto, hay que aclarar las dudas que puedan surgir por la imposición de dos sanciones, una administrativa y otra penal, respecto de unos mismos hechos.

A su respecto, **el señor Fiscal Nacional Económico** indicó que parece claro que la existencia de procedimientos investigativos paralelos no es una opción recomendable. Expresó que buena parte de ello se resuelve si se establece que la acción penal se inicia por denuncia o querella de la repartición que encabeza, pero pese a ello igual tendrán lugar investigaciones paralelas. En ese contexto, manifestó que la regla que se propone como nuevo artículo 3º ter puede ser redundante, pues la persecución penal debería proceder respecto a la hipótesis infraccional más grave, que es la figura del cartel, respecto de la cual ya existe la posibilidad de que la Fiscalía Nacional Económica solicite al juez la interceptación de telecomunicaciones, por tanto es previsible que en todos los procesos que lleguen a los tribunales criminales ya haya tenido lugar esa medida intrusiva.

En relación con el parámetro para fijar la multa, manifestó que para evitar el problema de la determinación del beneficio económico podría emplearse, alternativamente, una sanción en base a la facturación de la operación, que podría ascender hasta el 30% de la misma, tal como lo muestran algunas experiencias del derecho comparado.

Por su parte, observó que la formulación del artículo 285 del Código Penal no abarca la persecución de los carteles que, como tantas veces se ha indicado con anterioridad, es la configuración más lesiva de los atentados contra la libre competencia. Observó que sostener lo contrario importa una interpretación contra el texto legal, y sobre todo, implica suponer una clarividencia insospechada del legislador del Código Penal original, que habría por esta vía formulado la primera legislación penal antimonopolios del mundo, anticipándose en 16 años a la *Sherman Act de USA*, a la que sí se le reconoce como la primera de su tipo.

Finalmente, en relación con el tema de la delación compensada, manifestó que cualquier formulación al respecto debe cuidarse de no restarle eficacia, pues si el delator percibe que si pese a su cooperación en el esclarecimiento del caso igual puede ser arrastrado al proceso penal, no se allanará a prestar ninguna colaboración.

A continuación, hizo uso de la palabra **el abogado del Ministerio Público, señor Mauricio Fernández**, quien expresó que comparte la idea de precisar más el tipo penal, eliminando los elementos normativos de difícil configuración, como el perjuicio a los consumidores y la calidad de consumo general de los bienes y servicios que se requeriría como objeto del acuerdo ilícito.

Observó que el Ministerio Público insiste en la necesidad de que en este caso se opere según las reglas generales, o sea que la fiscalía pueda ejercer la acción penal de oficio o a petición de parte. Añadió que si persiste la idea planteada en esta ocasión respecto de que este asunto opere previa instancia administrativa, es necesario precisar que ello sólo puede traducirse en la presentación de una querella y no una mera denuncia, pues de esa forma se asegura que la Fiscalía Nacional Económica sea una interviniente en el proceso penal y pesen sobre ella todas las cargas procesales que corresponden a esa posición jurídica. Añadió que ello también supone modificar la ley orgánica de esa repartición, conforme a lo que requiere el artículo 111 del Código Procesal Penal.

Manifestó que en parte el tema de la interceptación telefónica está superado por el solo expediente que ahora se prevé una pena que en parte es de crimen, y por ello procederían las reglas generales del artículo 222 del Código Persecutorio. Con todo, observó que la acotación del Fiscal Nacional Económico sobre el tema debe considerarse, pues tal como esa autoridad indicó, lo más probable es que en los procesos en que se opte por la vía penal haya tenido lugar previamente una interceptación telefónica. Señaló que en ese caso es necesario que se incluya una norma que permita trasladar ese registro de forma íntegra a la carpeta investigativa penal, y que en ella se prevea también que no se pueden impugnar esos antecedentes por ilicitud, ya que para su captación se contó con la autorización previa de un tribunal.

Respecto de la interrupción de la prescripción, el funcionario se sumó a la preocupación planteada por el Honorable Senador señor Harboe, pues si en este momento hay controversia jurisprudencial acerca del momento en que tiene lugar ese evento para el proceso administrativo, esa misma dificultad se puede incoar respecto del proceso penal, con la agravación de que, típicamente, la sede criminal tendrá lugar años después de que la investigación administrativa haya comenzado.

Finalmente, manifestó que comprende la importancia que el Fiscal Nacional Económico concede a la delación en el proceso administrativo, pero recordó que las operaciones colusivas son comúnmente de tal complejidad que una acusación penal formulada a su respecto tiene buen pronóstico sólo si cuenta con la declaración detallada de alguno de los copartícipes del delito, y en esa posición está justamente quien delató a los demás en el proceso administrativo. Indicó que la única forma de asegurar la comparecencia y colaboración de ese delator en el proceso penal es concediéndole inmunidad sólo si presta su testimonio completo en esa sede.

A su respecto, **el señor Fiscal Nacional Económico** recordó que la delación compensada como método investigativo partió en Estados Unidos, y tuvo que abrirse paso con dificultad en la práctica del Departamento de Justicia, pues en principio se la miraba con mucha desconfianza. Indicó que la experiencia de la institución que encabeza muestra que hay que tener una actitud muy clara con quien delata a sus copartícipes en un atentado a la libre competencia, pues nuestra práctica cultural y de negocios impone sanciones sociales muy relevantes para quien incurre en esa conducta, lo que sólo puede ser contrarrestado si a ese sujeto se le asegura, fuera de toda duda, que con su declaración cesará toda la actividad de persecución del Estado en su contra, en cualquier sede que ella pueda tener lugar.

En relación con el punto, **los Honorables Senadores señor De Urresti y Araya** plantearon que las posiciones de las dos instituciones que han participado en este debate respecto del tema de la delación compensada deben ser armonizadas, pues ambas posturas son razonables. Expresaron que ello pasa por mejorar la redacción del Nº 4 del artículo 39 ter que la proposición pretende incorporar al decreto ley Nº 211.

Finalmente, el Presidente de la Comisión manifestó que tiene conocimiento que el Ministerio de Justicia, en la discusión de la indicación sustitutiva al proyecto nuevo Código Penal, pretende introducir un tipo para sancionar los carteles. Al respecto, indicó que sería muy apropiado que la discusión que ha tenido lugar en esta ocasión se replicara en esa sede.

-.-.-

En la sesión siguiente, la Comisión volvió a tratar esta materia y consideró una nueva proposición para regular la sanción penal de la colusión.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor De Urresti, informó a sus integrantes que se había elaborado una nueva proposición para regular este asunto. En ella, explicó, se pretende superar, las observaciones que se formularon en la última sesión de la comisión.

Al iniciarse su estudio, se recordó que una propuesta de enmienda podía ser considerada por la Comisión, siempre que contara con el acuerdo unánime de los miembros presentes de la Comisión.

Su texto es el siguiente:

"Artículo primero.- Introdúcense las siguientes modificaciones al decreto con fuerza de ley Nº 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley Nº 211, de 1973:

1.- Agrégase el siguiente artículo nuevo:

“Artículo 3º bis.- Sin perjuicio de lo previsto en el artículo anterior, el que celebre o ejecute acuerdos contrarios a la libre competencia, con uno o más de sus competidores, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados, limitar su producción, o dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado, u ordene celebrarlos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo

Asimismo, será castigado con la inhabilitación absoluta temporal, en su grado máximo, para ejercer el cargo de director, gerente o administrador de una sociedad mercantil, y el cargo de director en una asociación gremial o profesional.

Para fijar la pena de este delito, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal ni las reglas especiales de determinación de las penas establecidas en otras leyes. En su lugar, determinará su cuantía dentro de los límites señalados en el inciso anterior, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. En consecuencia, el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al delito, salvo lo dispuesto en los artículos 51 a 54, y 103 del Código Penal.

Será aplicable lo previsto en la ley Nº 18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere sancionado.

Él o los acusados que no se encuentren en la situación descrita en el artículo 39 ter, y que hayan cooperado sustancialmente con la investigación, se les rebajará en un grado la pena determinada según lo que dispone el inciso tercero.

Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero podrán ser iniciadas previa denuncia o querella formulada por la Fiscalía Nacional Económica.

La presentación de la denuncia o la interposición de la querella no inhibirán al Tribunal de la Libre Competencia para conocer o continuar conociendo y fallar las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley.

En los casos en que el Fiscal Nacional Económico haya resuelto formular denuncia o querella ante el Ministerio Público por los hechos sancionados en este artículo, deberá informar en el mismo acto al órgano persecutor la circunstancia de haber obtenido autorización judicial para realizar una o más de las medidas a que se refieren los numerales 1 a 4 del literal n) del artículo 39, así como el hecho de haber realizado o no dichas diligencias o de encontrarse éstas pendientes o en ejecución, debiendo remitir, a requerimiento del Ministerio Público, conjuntamente con la copia del expediente administrativo, copia de los registros y antecedentes obtenidos a partir de dichas actuaciones, para su utilización en el proceso penal.

Para los efectos de su incorporación al proceso penal, no se aplicará lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal, a las copias de los registros y antecedentes que hayan sido recabados por la Fiscalía Nacional Económica, a partir de diligencias realizadas con autorización de Ministro de Corte de Apelaciones.

Será competente para conocer de este delito el tribunal del lugar donde se ocasionaron los perjuicios a los consumidores. En caso de haber más de un tribunal competente se aplicará la regla establecida en el artículo 112 del Código Orgánico de Tribunales.

2.- Sustitúyense los incisos tercero y cuarto del artículo 20 por los siguientes:

Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de tres años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan.

Sin perjuicio de lo anterior, las acciones para perseguir las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° y en el artículo 3° bis prescribirán en el plazo de cinco años, y el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción.

Interpuesta ante el Tribunal de la Libre Competencia una demanda por algún particular o un requerimiento por Fiscal Nacional Económico se interrumpirá la prescripción de las acciones administrativas o penales a que den lugar las infracciones a la presente ley.

3.- Incorpóranse las siguientes modificaciones al artículo 26:

a) Reemplázase en la letra c) del inciso segundo la oración “Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales y, en el caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3°, hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales.”, por la siguiente: “Aplicar multas de hasta tres veces el beneficio económico obtenido por el infractor, cuando aquel puede ser determinado por el Tribunal. En caso contrario, ella corresponderá al cuarenta por ciento de las ventas del infractor en el período durante el cual haya perdurado su conducta ilícita. En el caso de la letra a) del artículo 3°, la multa será de hasta cuatro veces el monto del beneficio económico obtenido por el infractor. Si aquel no puede ser determinado por el tribunal, ella corresponderá al cincuenta por ciento de las ventas del infractor, en el período indicado precedentemente.”.

b) Incorporar una letra d), nueva, del siguiente tenor:

“d) En el caso de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3º, podrá imponer, además, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la Administración del Estado o empresas públicas creadas por ley, empresas del Estado y las sociedades en que éste tenga aporte, participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, cualquiera sea el estatuto por el que se rijan, hasta por el plazo de cinco años contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.”.

4.- Reemplázase el inciso primero del artículo 30º por el siguiente:

“Artículo 30.- La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar, con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá individual o colectivamente ante el juez de letras con competencia en lo civil del domicilio principal en Chile del infractor. La cuantía de la indemnización que podrá recibir cada demandante, no podrá ser menor al triple del monto del perjuicio que haya sufrido. Ella se tramitará de acuerdo a las reglas del Libro III del Título XI del Código de Procedimiento Civil. Asimismo, en este caso, serán aplicables las reglas del párrafo segundo del título IV de la ley Nº 19.496, en lo que corresponda.”

5.- Introdúcense las siguientes modificaciones al artículo 39:

a. Sustitúyese al final del párrafo segundo de la letra ñ) la expresión “, y” por un punto aparte (.), y

b.- Agrégase una letra o), nueva, pasando la actual letra o) a ser letra p).

“o) Presentar la denuncia o querella que establece el artículo 3º bis.”

5.- Introdúcese un artículo 39 ter, nuevo, del siguiente tenor:

“Artículo 39 ter.- El que ejecutare algunas de las conductas descritas en el artículo 3º bis quedará exento de responsabilidad penal cuando sea el primero en aportar a la Fiscalía Nacional Económica, antecedentes que conduzcan a la acreditación de dichas conductas y a la determinación de sus responsables.

Para acceder a este beneficio, el ejecutor de la conducta deberá cumplir los siguientes requisitos:

1.- Proporcionar a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar una acusación;

2.- Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía Nacional Económica haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud;

3.- Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud,

El cumplimiento de las condiciones anteriores será determinado a juicio exclusivo del Fiscal Nacional Económico en una resolución fundada dictada al efecto.

4.- Proporcionar al Ministerio Público y al tribunal competente los mismos antecedentes que previamente entregó a la Fiscalía Nacional Económica, prestando para ello declaración en calidad de testigo en la primera oportunidad en la que sea citado a declarar por el Fiscal encargado de la investigación a que haya dado origen la denuncia o querella presentada por la Fiscalía Nacional Económica.

Quien intente acogerse a los beneficios de este artículo presentando, a sabiendas, antecedentes falsos o fraudulentos, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo. Esta sanción se acumulará materialmente a la que corresponda según lo dispuesto en el artículo 3º bis.

La exención de responsabilidad penal establecida en este artículo no impedirá perseguir la responsabilidad civil derivada de este ilícito.”.

Artículo 2º.- Incorpóranse las siguientes modificaciones al artículo 6º del Código Orgánico de Tribunales:

1.- Sustitúyese en el numeral 9º, la letra “y” y la coma (,) que le precede, por un punto y coma (;).

2.- Reemplázase al final del numeral 10, el punto aparte por una letra “y” precedida de una coma (,).

3.- Agrégase el siguiente numeral 11, nuevo:

“11. Los sancionados en el artículo 3º bis del decreto con fuerza de ley Nº 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley Nº 211, de 1973, cuando afecten la libre competencia en los mercados chilenos.”.".

A continuación, el señor Presidente de la Comisión ofreció el uso de la palabra al **Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, señor Tomás Menchaca**, quien en nombre de la institución que dirige agradeció la invitación a participar de la discusión del proyecto.

Manifestó que en la actualidad están pendientes en el Parlamento diversos proyectos para analizar la colusión, que surgieron a raíz del llamado caso farmacia, que develó la existencia de un cartel de

proporciones importantes, y que fue sancionado con las máximas multas que establece el actual sistema de defensa de la libre competencia.

Observó que todos estos proyectos tienen en común que las penas pecuniarias serían insuficientes para reprimir o disuadir la colusión. Ello no se condice con la experiencia comparada ni con la historia del sistema de protección de la libre competencia en Chile. Recordó que a raíz de la dictación de la ley Nº 19.911 se han desbaratado más carteles que en toda la historia anterior de nuestro país. Esta circunstancia se tuvo en cuenta en el mensaje del ex Presidente Lagos que dio inicio al proyecto. En esa misiva se señalaba que:

"Todo tipo penal debe describir las conductas que sanciona de manera precisa, de forma que los sujetos a los cuales se dirige la norma tengan la certeza de aquello que está prohibido por el legislador.

Sin embargo, el escenario actual en el que se desenvuelven los agentes económicos es complejo, por lo que es importante no introducir reglas que señalen per se las conductas que constituyen atentados en contra de la libre competencia. La experiencia mundial indica que hoy que cada caso debe ser estudiado en su propio mérito, de acuerdo con sus complejidades y particularidades. Por estos motivos, resulta aconsejable mantener una norma amplia con ejemplos básicos, para que los integrantes del organismo encargados de conocer las causas decidan, de acuerdo al caso concreto, qué conducta constituye un atentado a la libre competencia.

Sin embargo, este enfoque es incompatible con la existencia de una figura penal, en la cual la especificación del tipo es un requisito ineludible, so pena de vulnerar la garantía constitucional establecida en el inciso final del número 3 del artículo 19 de nuestra Constitución.

Como contrapartida a la eliminación del carácter penal, que rara vez ha dado paso a la acción penal y se estima que no ha logrado disuadir las conductas contra la libre competencia, se propone aumentar las multas y hacer responsables solidariamente de su pago a los directores, gerentes o administradores de las empresas que incurrieren en ellas.

De esta forma, estimamos que la eliminación del carácter penal, lejos de sugerir un ablandamiento frente a las violaciones a esta ley, va a disuadir en forma más eficaz a los potenciales infractores.".

Expresó que estas observaciones siguen teniendo vigencia, y lo que parece requerir actualización, a lo menos en este aspecto, es un esquema más proporcional de la sanción pecuniaria, porque el tope

máximo que estableció la ley original parece haber sido sobrepasado en cuanto medida efectivamente disuasiva.

Como contrapartida, indicó que los distintos proyectos que se discuten en el Congreso proponen distintas formas de incluir la penalización en el sistema, y muchas de ellas consideran mecanismos para excluir la actuación del tribunal de defensa de la libre competencia y la fiscalía nacional económica, y enviar todos los antecedentes al sistema procesal penal. Y también hay otras variaciones, como mantener un sistema de investigación y procesamiento administrativo y criminal en paralelo, o instancias sucesivas.

Indicó que la experiencia internacional muestra que la legislación que describe los atentados a la libre competencia ocupa fórmulas abiertas o incompletas que no cumplen con los requerimiento habituales de los ilícitos penales, pero que permiten hacerse cargo de la complejidad y dinamismo de las conductas económicas que atentan contra la libre competencia. Además, es común que se asigne la titularidad de la persecución de esos ilícitos a organismos especializados y no a los persecutores habituales de conductas delictivas, pues se considera que está en juego un nivel de complejidad y especificidad difícil de manejar para quien no tenga amplios recursos técnicos.

Luego, señaló que también hay que tener en vista que no todo acuerdo entre competidores es ilícito o afecta a la economía. Por ejemplo, dos abogados pueden acordar compartir una misma oficia y ofrecer una misma tarifa por hora por sus servicios. O una franquicia de comida rápida puede acordar con distintos empresarios locales la venta al público de productos de un único tipo a un precio fijo, y estableciendo exclusividad dentro de un cierto territorio. Nada de ello afecta la libre competencia, pero una formulación rígida como la que acá se propone tipificaría esas conductas como delito.

Expresó que, en cambio, la formulación administrativa, que considera descripciones amplias o abiertas, permite que pueda apreciarse en cada caso si hubo o no un atentado a la libre competencia.

Asimismo, aseveró que otro problema de introducir una tipificación penal paralelo al exitoso sistema sancionatorio chileno, es que abre la posibilidad cierta de impugnación de decisiones judiciales o actuaciones administrativas por infringir la prohibición de doble persecución o doble castigo por los mismo hechos, también conocido como principio de *non bis in idem*. Añadió que la formulación alternativa que ahora se estudio tiene un problema extra en este aspecto, pues al establecer en la ley una pena civil -o daños punitivos-, por el triple del monto del perjuicio, también

incorpora, por esta vía, una sanción más allá de la indemnización de perjuicios, que es la única prestación compatible con una pena.

Agregó que la multiplicidad de instancias sancionatorias también puede traer aparejado otros problemas, como es el estándar para la condena. Recordó que los tribunales con competencia criminal emplean el baremo de la convicción condenatoria más allá de la duda razonable, que es una línea mucho más alta que lo requerido para una asignación de responsabilidad en sede contencioso administrativa. Expresó que lo anterior es particularmente importante en materia de carteles, porque la experiencia demuestra que a medida que los carteles son sancionados, las empresas que incurren en estas infracciones hacen más esfuerzos por disimular su conducta, o emplean estrategias más sofisticadas y difíciles de detectar. Eso hará, a la larga, cada vez más difícil encontrar prueba directa y, en cambio, hará más relevante la prueba económica o indirecta y la acreditación mediante indicios y presunciones, lo que es permitido en una instancia contencioso administrativa, pero que presenta muchos problemas a la hora de satisfacer la convicción condenatoria en un tribunal del juicio oral en lo penal.

Lo anterior, agregó, puede implicar que se sigan obteniendo condenas en el tribunal de defensa de la libre competencia, pero en paralelo y por los mismos hechos, haya una seguidilla de absoluciones en la sede penal, lo que sería desconcertante para la ciudadanía.

Por su parte, observó que levantar una jurisdicción penal en paralelo con el sistema administrativo actual de persecución genera una serie de dudas de procedimiento, como el mérito de la investigación administrativa para la sede penal, el efecto de las resoluciones de una jurisdicción en la otra, los posibles efectos auto incriminadores que para efectos penales que pueden tener la declaraciones requeridas por el tribunal en sede contencioso administrativa, y la forma como operarían los mecanismos de delación compensada y exclusión de responsabilidad en uno y otro sistema. Expresó que todos esos asuntos se pueden tratar, pero no resolver de forma completa, lo que sin duda alguna complicará la actuación y desempeño de los órganos administrativos y jurisdiccionales vigentes, que hasta el momento han brindado muchos resultados.

Igualmente, recordó que las sanciones que establece la ley, sean penales o administrativas, sólo son disuasivas si los posibles perpetradores perciben que pueden ser detectados y sancionados si incurren en los hechos tipificados. Si la propia ley establece trabas o incrementa las complejidades procesales para aplicar penas, sin duda alguna disminuirá, y no aumentará, el efecto disuasivo del ordenamiento jurídico en este ámbito, pese a que en principio aparezca que se quisieron introducir sanciones más elevadas.

Indicó que todo lo anterior conduce a la necesidad de sopesar el mérito de la decisión de reemplazar el actual sistema de persecución administrativo, que ha mostrado resultados efectivos, por uno de carácter penal, con un rendimiento incierto, y que en el pasado no generó ninguna condena. Por ello, y sin perder de vista que el propósito común es reprimir los carteles económicos, el Congreso debe tomar la mejor decisión posible.

En conclusión, **el señor Presidente del Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia** expresó que la opinión de la instancia que dirige es que no es recomendable sancionar penalmente la colusión, y si esta Honorable Comisión decide recomendar a la Sala el criterio contrario, es necesario tomar algunos resguardos: resolver adecuadamente la incertidumbre asociada al ejercicio de la acción penal, estableciendo la titularidad exclusiva al Fiscal Nacional Económico; extender el beneficio de exclusión de responsabilidad a la sede penal al que actuó como delator en el procedimiento administrativo; y establecer que el tribunal de la defensa de la libre competencia sólo podrá aplicar sanciones a las empresas, y la justicia penal sólo podrá castigar a las personas, de forma tal de evitar, en alguna medida, la infracción al principio de *non bis in idem*. Lo anterior podría resolver alguno de los más importantes problemas jurídicos de la existencia de sistemas paralelos de persecución a los carteles, aún cuando no evita los problemas que ello supone para la detección y prueba de los mismos, y el riesgo de sentencias contradictorias.

Finalmente, se refirió a la situación de las multas. Explicó que en el derecho comparado hay dos sistemas: uno que sanciona a los carteles con penas corporales, y otro que los reprime mediante multas administrativas. Hay ejemplos de ambos esquemas que funcionan igualmente bien, pero en el primer caso es imprescindible la existencia de un organismo de persecución penal especializado en libre competencia, situación que no existe en Chile.

Explicó que los sistemas que optan por sanciones pecuniarias, también es importante que la ley establezca topes y criterios para una aplicación proporcional de las sanciones. Y la regla general que se observa es un tope equivalente a un porcentaje de la venta de las empresa infractora, de forma tal que ante un cartel de similar gravedad, cada una de las empresas involucradas deba cargar con una sanción proporcional a su tamaño. Indicó que esto es más eficiente que un tope fijo. Añadió que ese tope típico es el 10% del volumen total de operaciones del ejercicio anterior. Por su parte, el proyecto del Ejecutivo presentado en la Cámara de Diputados considera un 30% de las ventas del infractor en el período anterior. Indicó que esos límites son más razonables, y en el caso "pollos", habría implicado una sanción muy superior a la que se aplicó.

Expresó que un tope de este tipo respeta el principio de proporcionalidad y evita la ruina del infractor, sobre todo teniendo en cuenta que muchas de ellas tienen accionistas minoritarios que no participan de la administración, o incluso puede tratarse de sociedades anónimas abiertas que transan en la bolsa y cuyas acciones están en manos de los fondos de pensiones.

Destacó de la propuesta sometida a consideración de la Comisión abre la posibilidad de establecer inhabilidades a las personas naturales que tuvieron participación en la infracción; dotar de más facultades de investigación a la fiscalía, en general cualquier medida que suponga fortalecer a quienes participan en el actual sistema de persecución y sanción.

A continuación, el Presidente de la Comisión, señor De Urresti ofreció el uso de la palabra **al Ministro de Economía, Fomento y Turismo, señor Luis Céspedes**, quien en nombre del Gobierno agradeció la invitación a participar en el debate de esta iniciativa e inició su presentación señalando que nuestro país ha hecho avances significativos en materia de libre competencia, con la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la instalación de la Fiscalía Nacional Económica, y el fortalecimiento posterior de todo el sistema, en el contexto del cual se estableció el mecanismo de la delación compensada.

Señaló que en la actualidad se ha presentado la necesidad pública de dar un paso más, y por ello el Ejecutivo ha planteado un proyecto omnicomprensivo de fortalecimiento de las instituciones que operan el sistema, tomando en cuenta, tal como señala el Mensaje, los aportes e ideas contenidas en diversas mociones presentadas por diversos señores parlamentarios.

Recordó que este tema fue objeto de una mesa de trabajo establecida por la Administración pasada, que generó un informe final con una serie de recomendaciones de fortalecimiento del sistema.

Puntualizó que la iniciativa del Ejecutivo centra su atención en la persecución a los carteles, que por lejos es la conducta más dañina para la libre competencia, y por ello es imprescindible establecer en la ley herramientas que disuadan de manera efectiva a los actores económicos de incurrir en estos ilícitos.

En relación con la posibilidad de criminalizar la colusión, planteó que puede resultar equívoco señalar que de la mera comparación del rendimiento del sistema sancionatorio actual, versus la inexistencias de condenas penales en el período previo a 2003, se concluye que la penalización es una opción muy ineficiente, pues ello no tiene en vista que buena parte del éxito de actual sistema se debe al establecimiento y funcionamiento de la fiscalía nacional económica, ente que cuenta con

importantes recursos y atribuciones. Explicó que si en el régimen antiguo -en el que estaba sancionada penalmente la colusión-, hubiese existido un órgano de la envergadura de la actual fiscalía nacional económica, sin duda alguna se habrían dado muchos casos de condenas penales.

Indicó que para todos aquellos que creen en la economía de mercado y en su capacidad de generar crecimiento, empleo e innovación, la competencia es fundamental. Y ello requiere confianza en el mercado, y no hay fenómeno más perjudicial para esa confianza que la presencia de carteles operando. Expresó que economías con más desarrollo que la nuestra, y con más experiencia en la protección de la libre competencia, presentan sistemas de persecución penal a la colusión.

Manifestó que las formas más duras de cartel, que son los relativos a la fijación de precios, limitación de producción o repartición de zonas exclusivas, son intrínsecamente contrarios a la competencia, y por tanto no es necesario considerar ese elemento, o el perjuicio a los consumidores, como parte o requisito del tipo. Señaló que es necesario añadir, entre las figuras mencionadas, los acuerdos entre competidores destinados a influir en el resultado de licitaciones públicas, tal como se considera en el proyecto del ley del Ejecutivo. Observó que tampoco deben considerarse los meros pactos relativos a la comercialización, pues su efecto en la libre competencia es ambivalente.

Puntualizó que la determinación de que es un mercado relevante presenta una dificultad especial para los estándares probatorios que manejan los tribunales penales, lo que también desaconseja la incorporación del estándar "contrario a la libre competencia" en la descripción de la conducta sancionada penalmente.

Seguidamente, y en relación con la descripción de las formas de participación, el señor Ministro observó que la formulación considerada anteriormente por la Comisión no penalizaba a quien organiza los acuerdos colusorios en calidad de colaborador o asesor de empresas competitivas.

Indicó que el proyecto del Ejecutivo propone incorporar en el Código Penal un nuevo artículo 286 bis para castigar penalmente a quienes implementen, ejecuten u organicen acuerdos, convenciones, contratos o convenios que involucren competidores entre sí con ciertos propósitos particularmente graves, como: fijar precios; limitar la producción de bienes o servicios; asignar o repartir zonas de un mercado de bienes o servicios, o afectar el resultado de licitaciones públicas o privadas convocadas por órganos de la Administración del Estado. Observó que ello no considera todas las figuras de concierto entre competidores establecidas en la letra a) del artículo 3º, sino sólo a los acuerdos. Ello es similar a la forma de tipificación de la legislación comparada.

Indicó que los acuerdos tácitos y las prácticas concertadas son generalmente acreditados ante la actual instancia contencioso administrativa mediante indicios y prueba económica, lo que implica una acreditación indirecta de los hechos que no es compatible con los estándares de condena que ocupan los tribunales del crimen. Por ello, la figura penal que propone el proyecto del Ejecutivo sólo considera los acuerdos expresos relativos a los llamados carteles duros.

Expresó que la formulación que acá se considera propone una sanción que va de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, e inhabilitación temporal en su grado máximo para ser director, gerente o administrador de una sociedad mercantil, o integrar una asociación gremial. En contraste a ello, la figura del proyecto del Ejecutivo propone una pena corporal más alta (presidio mayor en su grado mínimo), y una sanción más precisa de inhabilidad, estableciendo que ella sólo alcanza a los cargos públicos, directivos de las empresas públicas y en empresas que transan sus valores en el mercado, pues en ambos casos hay un compromiso más patente con la fe pública.

En relación con las reglas sobre delación compensada, expresó que su eficacia como método va en directa relación a la exclusión de responsabilidad aparejada a ese comportamiento, tal como lo demuestra la experiencia comparada. Por eso, es esencial que la suficiencia de esa actuación sea determinada por la fiscalía nacional económica, y no haya riesgos posteriores de reevaluación por parte de los tribunales con competencia penal. En razón de lo anterior, la autoridad cuestionó la formulación que discute la Comisión, porque permite que el juez de garantía evalúe la suficiencia de la colaboración prestada por el delator ante el Ministerio Público. Como contrapartida, señaló que el nuevo artículo 286 ter que propone el proyecto del Ejecutivo zanja esta asunto de manera más categórica.

Respecto del ejercicio de la acción penal, sostuvo que es apropiado que sea la Fiscalía Nacional Económica el único titular del impulso procesal en esta materia, pues es la única agencia pública que cuenta con las atribuciones legales y medios materiales para hacer investigaciones útiles en procesos de defensa de la libre competencia. Con todo, precisó que es preferible que esa acción se ejerza sólo por la vía de interponer una querella criminal y no por una mera denuncia, lo que impone la necesidad de que esta facultad se incorpore expresamente entre las atribuciones de ese ente, lo que implica iniciativa legislativa exclusiva del Ejecutivo.

Manifestó que hay que limitar al máximo la posibilidad de investigaciones concurrentes de la Fiscalía Nacional Económica y del Ministerio Público respecto de actos de colusión que

revistan características de delito. Señaló que es mucho más apropiado concentrar toda la pesquisa en el primero de lo órganos antes citados.

En relación con la nueva regulación a las multas por ilícitos anticompetitivos, señaló que en principio es buena idea establecer que esas sanciones pecuniarias son en proporción al beneficio económico obtenido por el autor con su infracción, pero también deben considerarse otros criterios, aplicable a los casos en que no sea posible determinar el beneficio económico en cuestión. Indicó que siguiendo esta idea, la figura del proyecto del Ejecutivo emplea el mecanismo de fijación de multas en proporción a las ventas de la operación involucrada o globales de la empresa infractora.

A continuación, hizo uso de la palabra **el Honorable Senador señor Espina,** quien agradeció la intervenciones anteriores y reiteró que no hay que perder de vista que este proyecto se inició por Moción presentada por diversos señores Senadores, que lleva más de seis años de tramitación en el Senado, y que esta Comisión lo ha discutido ya por sexta vez con ocasión del trámite reglamentario de aprobación en particular. En ese contexto, resulta impresentable que el Ejecutivo insista en la idea de regular esta materia en una iniciativa distinta, de reciente elaboración, que no tiene en consideración, el trabajo parlamentario que ha hecho el Senado y todos los entes públicos y privados que han colaborado en ello, asistiendo a sus sesiones.

Manifestó que partiendo de la base de que se quiere penalizar la colusión, es necesario introducir las correcciones que sean del caso a la formulación en la que ha trabajado la Comisión, pues ella se ha construido sobre la base de las distintas opiniones que han presentado, en sucesivas sesiones de la Comisión, los actores institucionales más relevantes en la protección de la libre competencia y en la persecución penal.

Recordó que el Código Penal tiene disposiciones que sancionan de alguna forma las alteraciones a los precios de libre competencia, y en base a esas normas el Ministerio Público ha obtenido condenas y mantiene procesos en curso, por tanto el dilema de esta discusión legislativa no es introducir o no una figura delictiva en un ámbito de infracciones que no tiene sanciones corporales, sino, en cambio, perfeccionar los tipos penales vigentes.

Manifestó que partiendo de la base anterior se pueden plantear los problemas que han sido discutidos en este proyecto, como el efecto penal de la delación compensada prestada ante el Fiscal Nacional Económico. Añadió que se ha avanzado mucho en la tipificación de las conductas sancionadas, y se ha zanjado que el ejercicio de la acción penal es de cargo exclusivo del ente persecutor administrativo.

Añadió que para el caso de que el Fiscal Nacional Económico ejerza la acción penal pública se prevén normas que dan valor probatorio a las diligencias incorporadas a la investigación administrativa con autorización de un ministro de Corte de Apelaciones, de forma de evitar las dobles investigaciones respecto de los mismos hechos. Indicó que lo anterior responde a la inquietud planteada en este ámbito por el señor Ministro de Economía.

Finalmente, instó al Ejecutivo a regular en este proyecto de ley la sanción contra las conductas colusivas más graves, evitando tratar la misma materia en otro cuerpo legal, lo que claramente desconocería el trabajo hecho por esta Comisión.

Por su parte, **el Honorable Senador señor Larraín** planteó que las legítimas discrepancias respecto de las fórmulas planteadas en esta discusión se deben encausar por medio del mecanismo de la introducción de indicaciones, las que serán debatidas en su mérito, y no, como lo ha hecho el Ejecutivo, mediante una iniciativa completamente nueva en la otra Cámara del Congreso Nacional, porque ello simplemente implica desconocer todo el trabajo parlamentario. En razón de lo anterior, llamó al Ejecutivo a retirar en todo o en parte su otro proyecto presentado en la Cámara de Diputados, y presentar en esta Comisión las correcciones o modificaciones que estime del caso.

A su vez, **el Honorable Senado señor Harboe** expresó que es muy importante que las instituciones con atribuciones legislativas logren actuar de forma coordinada, porque de lo contrario se duplican esfuerzos y se generan obvias molestias por la intromisión indebida en ámbitos de actuación exclusiva. En ese orden de ideas, planteó que la fórmula antes propuesta por el Honorable Senador señor Larraín es la más adecuada.

En relación con el tema de fondo, recordó que las modificaciones hechas por el Congreso Nacional en la última década al decreto ley Nº 211 tuvieron en vista un objetivo central: preservar la libre competencia como pilar fundamental de la economía social de mercado. En este contexto, observó que la legislación tiene una aspiración general de estabilidad, lo que incluye la valoración que en su minuto hizo el legislador de las conductas de los actores económicos de esa economía.

Recordó que en su minuto el legislador observó, acertadamente, que la experiencia histórica nacional mostraba un rendimiento nulo de las herramientas penales como formas de proteger la libre competencia en Chile, y optó en su reemplazo por un sistema de control administrativo reforzado, que ha brindado espléndidos resultados.

Señaló que este proyecto considera reincorporar la sanción penal para la colusión. Al respecto, puntualizó que tanto el Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competente como el Fiscal Nacional Económico, que encabezan las instituciones que han protagonizado el éxito del nuevo sistema, han coincidido en su visión crítica de la reintroducción de un sistema de persecución penal en esta compleja área, pues no tiene en consideración la necesaria especialidad de los actores que intervienen en el actual sistema de control, e incluso puede restar eficacia al ordenamiento jurídico.

Manifestó que estas apreciaciones deben ser sopesadas en la discusión parlamentaria, pues lo que importa es que se den las herramientas legales necesarias para preservar la libre competencia en nuestra economía, sean ellas de carácter penal o infraccional. Expresó que ello debe tener en cuenta las peculiaridades y exigencias del derecho penal sustantivo y del derecho procesal penal, y también que incorporar una arista penal en este esquema implica que entra en escena un nuevo actor: el Ministerio Público.

Indicó que no cabe duda que el artículo 3º del decreto ley Nº 211 establece un marco adecuado para la persecución de los ilícitos contra la libre competencia. Pero también es evidente que no cumple con los requisitos de determinación que requiere, por exigencia constitucional, la tipicidad penal. Por tanto, el problema que se plantea es, si se opta por la vía penal, cómo lograr que se cumplan con los requerimientos de la tipicidad y, a la vez, que la figura que resulte sean tan efectiva como lo que existe en materia administrativa.

Manifestó que tampoco es un asunto sencillo hacer la debida coherencia entre las reglas procesales que rigen la investigación administrativa con las que orientan la pesquisa penal, y no vale establecer una regla simple que permita introducir, sin más, el expediente de la Fiscalía Nacional Económica al proceso penal. Explicó que ello no tiene en cuenta elementos básicos, como que en materia infraccional el interrogado tiene la obligación de contestar lo que se le pregunta, en cambio en materia penal todo imputado tiene derecho a guardar silencio. Expresó que este aspecto ha sido aclarado ya por el Tribunal Constitucional.

Indicó que también hay que dirimir la forma como operarán en conjunto las sanciones penales y las administrativas, pues el Tribunal Constitucional no tiene un criterio claro que permita separarlas y aplicarlas en paralelo. Señaló que un camino de solución es establecer que ciertas conductas sólo tendrán sanciones penales y otras sólo administrativas, o que si se sigue el camino penal se interrumpe el administrativo, o viceversa, mediante una regla de prelación.

Subrayó que el resultado de esta discusión debe ser un avance para el sistema de protección de la libre competencia, y no una traba o la imposición de dificultades que frenen el avance mostrado hasta la fecha por la nueva institucionalidad. Recordó que se han despachado oficios requiriendo la opinión que le merece el proyecto a importantes centros de estudios nacionales que tratan habitualmente estos temas, y las respuestas despachadas han sido muy críticas.

Por su parte, **el Honorable Senador señor De Urresti** se sumó al planteamiento anterior, en orden a que el Ejecutivo debe estudiar el retiro de todo o parte del proyecto presentado en la Cámara de Diputados, y presentar en esta discusión las indicaciones que fueran del caso.

El señor Ministro de Economía tomó conocimiento de las inquietudes planteadas precedentemente, por la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión.

A continuación hizo uso de la palabra **el señor Fiscal Nacional Económico**, quien efectuó varias observaciones al texto considerado por la Comisión en esta sesión:

1. Respecto del tipo penal: señaló que es necesario incorporar, dentro del tipo penal, los acuerdos entre competidores que afecten las licitaciones públicas. Indicó que en ese caso hay un doble perjuicio. Uno a la libre competencia y otro al licitante, sea un órgano público o privado.

Al respecto, **el Honorable Senador señor Harboe** consultó si el concepto que se maneja para estos efectos incluye las concesiones, como las de ondas radiales.

El señor Fiscal Nacional Económico respondió que sí.

2. En relación con el asunto de los procedimientos paralelos: la autoridad manifestó que aunque es difícil prever donde pueden surgir los problemas, pues el Honorable Senador señor Harboe tiene razón: hay estándares procesales distintos para la actuación de la institución que preside y para el Ministerio Público. Destacó al respecto que toda la investigación de la Fiscalía Nacional Económica es secreta hasta que se presenta el requerimiento, y los posible afectados no tienen acceso a ella hasta que el caso se judicializa. En cambio, un imputado tiene acceso habitual a la carpeta investigativa y puede pedir diligencias antes de su acusación.

3. Respecto de las nuevas reglas sobre prescripción, aseveró que siendo positiva la norma que se incorpora para contar el plazo de prescripción de la acción penal, ese término debería establecerse como regla general para todas las infracciones del decreto ley Nº 211.

4. En relación con la modificación a los parámetros para determinar las sanciones pecuniarias, manifestó que coincide con lo expresado por el Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en orden a que es necesario actualizar los topes máximos de la multa, pero sin llegar a un nivel que sea ruinoso para los involucrados, pues la idea es sancionar a quien atente contra la libre competencia, pero no expulsarlo como actor económico del sistema, pues ello puede concentrar aún más al mercado.

5. Respecto a la sanción de la inhabilidad de contratar a cualquier título con el Estado que se propone, el funcionario levantó la misma objeción anterior, por similares razones.

6. En materia de modificación a las acciones civiles, explicó que en principio es bienvenida la incorporación de algún mecanismo que permita acciones de clase, pero puede ser complicado que la propia ley establezca un piso para la indemnización, que podría considerarse una pena.

7. En lo que dice relación con la nueva atribución que se entregaría a la Fiscalía Nacional Económica para presentar una querella, expresó que la medida era apropiada, en la idea de que la acción penal requerirá instancia administrativa previa.

8. En relación con la nueva regla de exclusión de responsabilidad penal a favor de quien delate a su cocompetidores en el procedimiento infraccional por colusión, explicó que la experiencia internacional demuestra que las delaciones deben ofrecer amplia inmunidad posterior para el delator, y por ello establecer como requisito posterior que a juicio del tribunal con competencia criminal la información entregada en el proceso penal sea suficiente, importa restar buena parte del incentivo para delatar, lo que sin duda alguna traerá consecuencias negativas para la pesquisa de su institución. Añadió que hay que tener en vista que el Ministerio Público no tuvo injerencia ni información alguna en la declaración prestada por el delator, por tanto no tiene ningún elemento de hecho para apreciar la entidad ni el mérito de ese testimonio, y el posible juicio penal tendrá lugar, la mayor parte de las veces, muchos años después al momento en tuvo lugar la declaración en sede infraccional.

9. Finalmente, en lo relativo a las facultades intrusivas y su validación para el proceso penal posterior, recordó que su

institución opera un procedimiento cuyas reglas supletorias son las del Código de Procedimiento Civil. Añadió que las normas que permiten facultades intrusivas recién se incorporaron en el año 2009, estableciéndose en aquella oportunidad que las normas supletorias serían las del Código Procesal Penal. Esa dualidad de estatutos supletorios, que actualmente solo tiene lugar respecto de un tipo de medidas probatorias, ha generado problemas no menores para el desenvolvimiento de los procesos en los que se ocupan estos métodos de investigación especiales.

Finalmente, **el Director de ULDDECO del Ministerio Público, señor Mauricio Fernández**, manifestó que si se mantiene la decisión de que la acción penal solo podrá ejercerse en estos casos previa instancia administrativa, la última redacción considerada por la Comisión parece solucionar buena parte de los problemas detectados en las sesiones anteriores. Observó que en este contexto los problemas que se han planteado sobre el efecto penal de la delación compensada parece que pasan por alto el hecho que ellos tiene lugar una vez que la Fiscalía Nacional Económica emprendió acciones penales contra el delator, pues si eso no ha tenido lugar el Ministerio Público no puede considerarlo como imputado.

Si ello no es así, la regla de obligación de declarar como testigo que se le impone al delator sólo tiene por finalidad asegurar el resultado del proceso penal iniciado por la propia Fiscalía Nacional Económica, mediante la presentación de la correspondiente querella criminal.

Manifestó que tampoco debe perderse de vista el carácter fragmentario del derecho penal, perfectamente expresado en este proyecto, en el que subyace la idea de que la gran mayoría de las infracciones a la libre competencia serán tratadas por el sistema infraccional administrativo, y que sólo los casos más graves irán a juicio penal.

Concluida esta sesión, **el señor Presidente de la Comisión** hizo presente que ya se había avanzado bastante el debate de las ideas que debieran regular la sanción penal de la colusión, por lo que propuso a los demás integrantes de la Comisión la elaboración de una indicación sustitutiva que regule de manera integral este asunto. Hizo presente que, de conformidad al inciso final del artículo 121 del Reglamento del Senado, la unanimidad de los miembros de la Comisión podía acordar la incorporación de una nueva indicación que regule de manera integral esta materia.

Finalmente, agregó que ello se justificaba sobre todo teniendo en cuenta el tiempo que ha transcurrido desde que se aprobó en general este proyecto de ley.

Por lo anterior, solicitó a los integrantes de la Comisión la preparación de una indicación, que presentada por la

unanimidad de los integrantes de la Comisión, pueda ser considerada durante el debate en particular de esta iniciativa.

En virtud de lo anterior, en una sesión posterior, **la unanimidad de los integrantes de la Comisión, Honorables Senadores señores Araya, De Urresti, Espina, Harboe, y Larraín** presentaron, según lo autoriza el inciso final del artículo 121 del Reglamento del Senado, una enmienda que se consigna en el nuevo boletín como indicación **número 1**. Su texto es el siguiente:

"Art. 1º.- Introdúcense las siguientes modificaciones al decreto con fuerza de ley Nº 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley Nº 211, de 1973.

1.- Agrégase el siguiente artículo nuevo:

"Artículo 3º bis.- Sin perjuicio de lo previsto en el artículo anterior, el que celebre o ejecute acuerdos con uno o más de sus competidores para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas y órganos públicos; u ordene celebrarlos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Asimismo, será castigado con la inhabilitación absoluta temporal, en su grado máximo, para ejercer el cargo de director, gerente o administrador de una sociedad mercantil, y el cargo de director en una asociación gremial o profesional.

Para fijar la sanción aplicable, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal ni las reglas especiales de determinación de las penas establecidas en otras leyes. En su lugar, determinará su cuantía dentro de los límites señalados en los incisos anteriores, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. En consecuencia, el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al delito, salvo lo dispuesto en los artículos 51 a 54, y 103 del Código Penal.

Será aplicable lo previsto en la ley Nº 18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere sancionado.

Él o los acusados que no se encuentren en la situación descrita en el artículo 39 ter, y que hayan cooperado sustancialmente con la investigación, se les rebajará en un grado la pena determinada según lo que dispone el inciso tercero.

Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero deberán ser iniciadas previa denuncia o querella formulada por la Fiscalía Nacional Económica.

La presentación de la denuncia o la interposición de la querella no inhibirá al Tribunal de la Libre Competencia para conocer o continuar conociendo y fallar las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley.

En los casos en que el Fiscal Nacional Económico haya resuelto formular denuncia o querella ante el Ministerio Público por los hechos sancionados en este artículo, deberá informar en el mismo acto al órgano persecutor la circunstancia de haber obtenido autorización judicial para realizar una o más de las medidas a que se refieren los numerales 1 a 4 del literal n) del artículo 39, así como el hecho de haber realizado o no dichas diligencias o de encontrarse éstas pendientes o en ejecución, debiendo remitir, a requerimiento del Ministerio Público, conjuntamente con la copia del expediente administrativo, copia de los registros y antecedentes obtenidos a partir de dichas actuaciones, para su utilización en el proceso penal.

Para los efectos de su incorporación al proceso penal, no se aplicará lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal a las copias de los registros y antecedentes que hayan sido recabados por la Fiscalía Nacional Económica, a partir de diligencias realizadas con autorización de un Ministro de Corte de Apelaciones.

Será competente para conocer de este delito el tribunal del lugar donde se celebraron o ejecutaron los acuerdos contrarios a la libre competencia. En caso de haber más de un tribunal competente se aplicará la regla establecida en el artículo 112 del Código Orgánico de Tribunales.

2.- Introdúcense las siguientes modificaciones al artículo 20:

a) Sustitúyense los incisos tercero y cuarto por los siguientes:

“Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de tres años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan.

Sin perjuicio de lo anterior, las acciones para perseguir las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° y en el artículo 3° bis prescribirán en el plazo de cinco años, y el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción.

Interpuesta ante el Tribunal de la Libre Competencia una demanda por algún particular o un requerimiento por Fiscal Nacional Económico se interrumpirá la prescripción de las acciones administrativas o penales a que den lugar las infracciones a la presente ley.”.

b) Suprímese el inciso final.

3.- Incorpóranse las siguientes modificaciones al artículo 26:

a) Reemplázase en la letra c) del inciso segundo la oración “Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales y, en el caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3°, hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales.”, por la siguiente: “Aplicar multas de hasta dos veces el beneficio económico obtenido por el infractor, cuando aquel puede ser determinado por el Tribunal. En caso contrario, ella corresponderá al treinta por ciento de las ventas del infractor en el período durante el cual haya perdurado su conducta ilícita. En el caso de las conductas señaladas en la letra a) del artículo 3° y en el artículo 3º bis, la multa será de hasta tres veces el monto del beneficio económico obtenido por el infractor. Si aquel no puede ser determinado por el tribunal, ella corresponderá al cuarenta por ciento de las ventas del infractor, en el período indicado precedentemente.”.

b) Incorporar una letra d), nueva, del siguiente tenor:

“d) En el caso de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3º y en el artículo 3º bis, se podrá imponer, además, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos públicos o empresas públicas creadas por ley, empresas del Estado y las sociedades en que éste tenga aporte, participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, cualquiera sea el estatuto por el que se rijan, hasta por el plazo de cinco años contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada. Para adoptar esta decisión, el tribunal deberá considerar los elementos establecidos en el párrafo final de la letra c).”.

c) Introducir el siguiente inciso final, nuevo:

“La aplicación de las sanciones establecidas en este artículo serán compatibles con la aplicación de las penas consignadas en el artículo 3 bis y con la determinación de la indemnización del perjuicios que prevé el artículo 30.”.

4.- Reemplázase el inciso primero del artículo 30º por el siguiente:

“Artículo 30.- La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar, con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá individual, plural o colectivamente ante el juez de letras con competencia en lo civil del domicilio principal en Chile del infractor. La cuantía de la indemnización que podrá percibir cada demandante equivaldrá a sus perjuicios patrimoniales directos, los que se presume que alcanzan el cuarenta por ciento del precio efectivamente pagado. Ella se tramitará de acuerdo a las reglas del Libro III del Título XI del Código de Procedimiento Civil. Tratándose de acciones de carácter colectivo, será además aplicable el párrafo segundo del título IV de la ley Nº 19.496, relativo a Procedimiento Especial para Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores, en lo que corresponda. La acción de indemnización prescribirá en el término de cinco años a contar de la perpetración del acto que dio lugar a los perjuicios, y se interrumpirá desde la interposición del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20, hasta que la sentencia definitiva del tribunal de defensa de la libre competencia esté firme o ejecutoriada.

5.- Introdúcense las siguientes modificaciones al artículo 39:

a. Sustitúyese al final del párrafo segundo de la letra ñ) la expresión “, y” por un punto aparte (.), y

b.- Agrégase una letra o), nueva, pasando la actual letra o) a ser letra p).

“o) Presentar la denuncia o querella que establece el artículo 3º bis.”

6.- Introdúcese, a continuación del artículo 39 bis, un artículo 39 ter, nuevo, del siguiente tenor:

“Artículo 39 ter.- El que ejecutare algunas de las conductas descritas en el artículo 3º bis quedará exento de responsabilidad penal cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica, antecedentes que conduzcan a la acreditación de dichas conductas y a la determinación de sus responsables.

Para acceder a este beneficio, el ejecutor de la conducta deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1.- Los establecidos en los incisos segundo y tercero del artículo 39 bis. El cumplimiento de estas condiciones será determinada a juicio exclusivo por el Fiscal Nacional Económico, mediante una resolución fundada.

2.- Proporcionar al Ministerio Público y al tribunal competente los mismos antecedentes que previamente entregó a la Fiscalía Nacional Económica, prestando para ello declaración en calidad de testigo en la primera oportunidad en la que sea citado a declarar por el Fiscal encargado de la investigación a que haya dado origen la denuncia o querella presentada por la Fiscalía Nacional Económica.

Quien intente acogerse a los beneficios de este artículo presentando, a sabiendas, antecedentes falsos o fraudulentos, no gozará de la exención de responsabilidad penal que establece este artículo y será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo. Esta sanción se acumulará materialmente a la que corresponda según lo dispuesto en el artículo 3º bis.

La exención de responsabilidad penal establecida en este artículo no impedirá perseguir la responsabilidad civil y administrativa derivada de este ilícito.”.

Artículo 2º.- Incorpóranse las siguientes modificaciones al artículo 6º del Código Orgánico de Tribunales:

1.- Sustitúyese en el numeral 9º, la letra “y” y la coma (,) que le precede, por un punto y coma (;).

2.- Reemplázase al final del numeral 10, el punto aparte por una letra “y” precedida de una coma (,).

3.- Agrégase el siguiente numeral 11, nuevo:

“11. Los sancionados en el artículo 3º bis del decreto con fuerza de ley Nº 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley Nº 211, de 1973, cuando afecten la libre competencia en los mercados chilenos.”.

Art. 3º.- Introdúcese el siguiente inciso final, nuevo, en el artículo 285 del Código Penal**.**

“Las penas señaladas en el inciso precedente no se aplicarán a aquellas conductas que deban ser sancionadas con arreglo al artículo 3 bis del decreto ley Nº 211 de 1973.”.

Antes de pronunciase sobre esta enmienda, la Comisión acordó consultar la opinión del abogado penalista señor Jean Pierre Matus; del Director del Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, señor Francisco Agüero y de la Directora del Centro de Libre Competencia de la Universidad Católica, señora María Elina Cruz.

-.-.-

En una sesión posterior, en que se trató este tema, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor De Urresti**, concedió el uso de la palabra **al abogado y profesor de derecho penal señor Jean Pierre Matus**, quien manifestó que la Comisión puso en su conocimiento una proposición sustitutiva del proyecto en discusión.

Al respecto, indicó que la primera cuestión a dilucidar es si la nueva figura penal que se propone en ella se incluirá en el decreto ley Nº 211 o en el Código Penal. Expresó que desde una perspectiva más purista podría considerar que todas las disposiciones que tipifican penalmente una conducta se debería incorporar en el referido código. No obstante lo anterior, explicó que si el asunto se observa desde un punto de vista práctico, no hay mayor diferencia, porque ambas normativas tienen el rango de ley.

En relación a la tipificación propuesta, señaló que en la proposición presentada por el Ejecutivo en la Cámara de Diputados se consideran situaciones que acá no están penadas, como la realización de prácticas distintas del acuerdo que también conduzcan a la fijación de precios, el castigo de la proposición de un acuerdo colusorio, multas penales a las personas naturales que participaron, y sanciones a la persona jurídica involucradas al tenor de lo que dispone la ley Nº 20.393. Expresó que la penalización de todas estas situaciones está justificada, porque el bien jurídico protegido en el delito de colusión es similar al que está detrás del tipo que penaliza el lavado de activos, en cuya regulación se incluyen todas las hipótesis antes señaladas.

Por su parte, indicó que se considera una proposición originada en una solicitud del Ministerio Público que busca incluir en el artículo 285 del Código Penal un inciso segundo, que deje a salvo esa disposición en caso que la nueva norma penal del artículo 3bis prospere. Observó que esa forma de proceder es cuestionable, porque puede ser leída como una intromisión indebida indirecta en procesos pendientes, ya que

afirma la tesis sostenida por uno de los litigantes en los procesos que en este momento se ventilan en los tribunales de justicia para aplicar el artículo 285.

En otro orden de materias, manifestó que la proposición que estudió la Comisión en su última sesión no considera mecanismos para compatibilizar el proceso penal y el administrativo que se siga sobre los mismos hechos, lo que puede acarrear decisiones contradictorias de instancias distintas sobre el mismo caso, y generar problemas de bis in ídem. Añadió que el proyecto del Ejecutivo también considera una regulación sobre el aspecto administrativo del procedimiento, que en principio parece ser más exhaustiva que esta indicación considera.

Por su parte, **el Honorable Senador señor Espina** manifestó que comparte las apreciaciones señaladas por el profesor señor Matus respecto de la ubicación del tipo penal, y considera más apropiado ubicarlo en el decreto ley Nº 211, de forma tal que ese cuerpo legislativo contenga todas las disposiciones relevantes sobre defensa de la libre competencia. En relación con la formulación precisa de las conductas sancionadas, recordó que esa última proposición es una decantación de todos los aportes y observaciones de las instituciones y expertos que antes han participado en este proyecto, razón por la cual en principio cubriría las hipótesis más importantes que requieren castigo penal.

A su vez, **el Honorable Senador señor Harboe** coincidió con quien le antecedió en el uso de la palabra, y manifestó que en las disposiciones contenidas en la indicación presentada por todos los integrantes de la Comisión no se considera algún tipo de prelación entre los procedimientos penales y administrativos, sino más bien las normas mínimas necesarias para que ambos procesos puedan ser llevados por carriles separados y los antecedentes de uno puedan ser traspasados válidamente al otro, sin que haya entorpecimientos. Recordó que el propósito de esta iniciativa es establecer medidas que permitan disuadir futuras colusiones y sancionarlas adecuadamente, para lo cual es necesario que estén disponibles tanto remedios administrativos como penales.

Finalmente, recordó que en la Ley de control de armas, de control de estupefacientes y de lavado de activos, se consideran en un único cuerpo tanto las disposiciones administrativas, como las específicamente penales y las procesales especiales, lo que demuestra el interés del legislador para que el tratamiento de materias de este tipo quede regulado en un texto legal.

Por su parte, **el Honorable Senador señor Larraín** destacó que en este aspecto lo importante es tener un texto perfectamente coordinado, sin que tenga mayor importancia donde se inserte.

Finalmente, **el Honorable Senador señor Araya** indicó que lo único relevante de la discusión sobre la ubicación legislativa de la proposición que acá se discute son las reglas especiales sobre determinación de la pena. Al respecto, notó que nuevamente se hace necesario establecer excepciones al sistema general que establece el Código Penal, tal como se ha hecho en muchas oportunidades anteriores. Observó que lo anterior refuerza la necesidad de que el Ministerio de Justicia tome cartas en el asunto, y proponga un sistema general de determinación de sanciones que esté en consonancia con las situaciones actuales de nuestro país, estatuto que debería estar contenido en un nuevo Código Penal, cuya presentación ha sido latamente dilatada por la actual Administración.

A continuación, se concedió el uso de la palabra a **la Directora del Centro de Libre Competencia de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señora María Elina Cruz**, quien en nombre de su institución agradeció la invitación a participar de la discusión, e inició su presentación manifestando que el primer tema que requiere una atención especial es el de la delación compensada. Señaló que esta regla es común en el derecho comparado, sobre todo en las jurisdicciones donde la colusión está sancionada penalmente.

Con todo, indicó que la nueva proposición no hace una distinción que es muy relevante, pues trata de igual forma la delación formulada por un ejecutivo aislado de la compañía involucrada, o la que se hace institucionalmente por esta o por la mayoría de su plana delictiva. Explicó que en el primer caso se puede perfectamente enmarca en una situación en la que un trabajador descubrió que su empleador estaba involucrado en una operación de colusión, puso el asunto en conocimiento de sus superiores, fue despedido por esa causa, y posteriormente se acercó a la agencia estatal correspondiente para hacer la denuncia. Observó que en el caso anteriormente descrito no sería adecuado que el ex empleador del denunciante se beneficie de la exclusión de responsabilidad que importa la delación.

En otro orden de asuntos, observó que las reglas generales sobre determinación judicial de penas del Código Penal se aplica a ilícitos tan graves como la violación o el homicidio, y de la misma forma proceden en esos casos las penas sustitutivas, por lo que para la situación específica de la colusión no parece justificada establecer un sistema distinto más estricto para la determinación de sanciones, o que la procedencia de las penas sustitutivas sea más restrictiva, pues en este caso se protege un bien jurídico de menor entidad de los que están involucrados en delitos tales como violación o homicidio.

En relación con la modificación que se prevé a las multas administrativa, observó que la experiencia internacional de los países

que integran la OCDE muestra que la principal herramienta disuasiva de las conductas colusorias es la amenaza de una sanción dirigida directamente al patrimonio de los directores de la empresa que fraguaron la operación, y no que las multas terminen siendo pagada por la propia persona jurídica. Señaló que la disposición vigente del artículo 26 permite que en su requerimiento la Fiscalía Nacional Económica enderece la sanción solicitada solo contra los ejecutivos que han tenido parte en la planeación e implementación de la operación ilícita, pero en la práctica esa herramienta no ha sido utilizada y todas las sanciones conocidas en el último tiempo han sido pagadas por las empresas involucradas.

Puntualizó que la situación anterior, de cara a un aumento sustantivo de las sanciones, puede tener efectos contraproducentes, porque se podría terminar perjudicando a los pequeños accionistas y a los fondos de pensiones que poseen la mayor parte del patrimonio de las compañías involucradas. En cambio, sostuvo que la idea del profesor señor Matus, que considera sanciones pecuniarias penales directamente aplicables a las personas naturales que tuvieron participación en la operación, puede tener mejores efectos a la hora de disuadir las conductas que se quieren evitar.

Manifestó que otra materia que se debe analizar es la de utilizar la facturación de la empresa declarada culpable como baremo para apreciar la multa a aplicar. Señaló que esa situación, sumado al hecho de que no se distingue si se trata de la ventas globales de la empresa en el período de la infracción o solo las relacionadas con la operación de colusión, ni tampoco sí sólo se consideran las ventas nacionales o también las exportaciones, podría terminar generando sanciones desproporcionadas. Expresó que el único elemento que acá se debería emplear es una parte del perjuicio efectivamente causado por la operación. Observó que este aspecto puede ser difícil de definir en algunas situaciones, pero no hay que perder de vista que en la actual integración del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia cuenta con jueces calificados en materias económicas, que han demostrado mucha capacidad en estos aspectos.

Añadió que esta determinación de los perjuicios reales de la operación también debería ser el punto de partida para la modificación propuesta a la acción indemnizatoria, pues la presunción que al respecto se considera no tiene fundamento claro. Respecto a este aspecto, observó que es muy adecuado que este asunto sea conducido a la regulación de la ley de protección al consumidor, que es un estatuto que necesita una revisión completa, pues conjuntamente con la norma sobre protección de la libre competencia, ambas son las bases regulatorias del sistema económico nacional.

A continuación, el **Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor De Urresti**, ofreció el uso de la palabra al **señor**

Francisco Agüero, Director del Centro de Regulación y Competencia (RegCom), de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, quien en nombre de su institución agradeció la oportunidad de participar en la discusión de este proyecto.

Inició su presentación manifestando que la disposición penal en estudio no contiene como debería, como elemento del tipo, que la práctica sancionada efectivamente atente contra la libre competencia. Señaló es posible que una práctica concertada no afecte la libre competencia porque el precio determinado a través del acuerdo sea el mismo que el que el mercado libremente habría determinado, e incluso existe la posibilidad que dicha situación beneficie a la libre concurrencia y no la perjudique.

En relación al mismo tema, connotó que se considera penalizar la afectación de licitaciones públicas realizadas por órganos públicos. Indicó que esto es apropiado, porque en ese comportamiento no hay envuelto sólo un perjuicio para el patrimonio del órgano afectado, sino también el interés general. Observó que una situación similar se observa cuando se trata de licitaciones públicas prestadas por empresas privadas que efectúan servicios públicos, como por ejemplo las empresas sanitarias o las concesionarias de carreteras, porque en ese caso se trata de un monopolio natural regulado por el Estado, que traspasan su inversión a los consumidores finales mediante el precio, y esos consumidores no pueden recurrir a un competidor para conseguir una oferta mejor. Explicó que en ese caso se presenta una situación similar a las empresas públicas que son víctimas de maquinaciones fraudulentas de los oferentes que postulan a una licitación y, por tanto, también debería quedar comprendido en el tipo penal.

Respecto a la nueva forma de determinar la multa administrativa, observó que el parámetro del triple del perjuicio se ocupa en la legislación norteamericana para avaluar la pena privada que se impone en los litigios de los particulares para reclamar su indemnización, y no como forma de determinar multas, las que son establecidas generalmente contra los directores y tiene un monto máximo fijo. Indicó que este aspecto también puede generar problemas de doble punición, en sede administrativa y penal, de la misma conducta.

En relación con la presunción de daño que se establece para efectos del cobro de la indemnización de perjuicios, indicó que se trata de una regla que recién se introduce en Europa, y que no tiene evidencia empírica que justifique suponer que el perjuicio alcanza determinado porcentaje del precio pagado. Explicó que en esta materia hay que ser cauto, pues por esta vía se podría incentivar la litigación temeraria.

Finalmente, observó que también hay otros elementos que tiene en cuenta esta proposición, relativos, por ejemplo, a la interrupción de la prescripción o la procedencia de las acciones de clase, cuestiones ya han sido determinados por la jurisprudencial.

Luego, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor De Urresti**, ofreció el uso de la palabra al **Director de ULDECCO del Ministerio Público, señor Mauricio Fernández**, quien indicó que la formulación que se sometió a consideración de la Comisión en la última sesión considera el avance que ha tenido el proyecto luego de muchas sesiones de discusión. Agregó que dicha indicación considera todos los detalles que se han observado en esas ocasiones anteriores. Manifestó que el Ministerio Público aún considera insuficiente la regulación de la acción penal, pues ella debería impetrarse solo por querella del Fiscal Nacional Económico, y no por una mera denuncia de dicha autoridad, pues esta última opción permite una actitud mucho más pasiva y menos colaboradora de ese ente público en la persecución penal. Además, añadió, es necesario establecer algunas hipótesis para que órgano persecutor, a través del fiscal regional correspondiente, pueda de manera autónoma ejercer la acción penal en las situaciones más delicadas de cartel, para evitar circunstancias complicadas que han tenido lugar en otros casos con regulación procesal mixta.

Observó que se han efectuado importante avances en la regulación del traspaso de la evidencia obtenida en el proceso administrativo a la carpeta penal. Igualmente, valoró la propuesta de regular la compatibilidad de sanciones penales y administrativas y el cómputo de la prescripción en cada una de esas instancias. De la misma manera, adujo que el mecanismo considerado para que opere la exención de responsabilidad penal por delación en la sede administrativa es apropiado, porque obliga al beneficiado a traspasar todos los antecedentes proporcionados a la Fiscalía Nacional Económica al Ministerio Público, y expresamente establece que el delator debe prestar declaración en calidad de testigo al primer llamamiento que en ese sentido se le efectúe.

Finalmente, recalcó que no debe perderse de vista que lo que acá se quiere penalizar es la figura más grave de atentado a la libre competencia.

A su turno, el abogado de esa misma Unidad, **señor Andrés Salazar**, puntualizó que la posibilidad de que el Ministerio Público pueda, autónomamente en los casos más graves de cartel, accionar penalmente no es un asunto baladí, pues ello le permite constituirse tempranamente en el sitio del suceso, con el fin de levantar la evidencia útil para continuar con el proceso. Indicó que el móvil de la Fiscalía Nacional Económica es pesquisar la existencia de una infracción administrativa y requerir la imposición de una multa de la misma naturaleza, por lo que el

estándar de su investigación es distinto y no necesariamente compatible al que impera en el proceso penal. Expresó que en el resto de los casos es recomendable que el Ministerio Público ingrese lo antes posible al caso, para lo cual es necesario establecer las instancias fluidas de comunicación.

Respecto de la sanción penal que se propone, y el sistema especial de determinación de penas que se considera, señaló que las críticas que se puedan levantar a la proporcionalidad punitiva se verifican también en muchas otras partes del ordenamiento penal.

Por otro lado, y en respuesta a los señalado anteriormente por el profesor señor Matus, indicó que en el caso penal contra las farmacias la sentencia absolutoria no se fundó en la no vigencia del tipo penal contenido en el artículo 285 del Código Penal, sino en que la parte acusadora no pudo acreditar, más allá de toda duda razonable, que los acusados engañaron a la población para fijar los precios de los medicamentos. Afirmó que el tipo penal actual comprende las hipótesis de cartel y, por ello, la introducción del nuevo artículo 3º bis al decreto ley Nº 211 se puede entender como una duplicidad de la incriminación objetiva, lo que podría acarrear un problema en el futuro cuando el juez que conozca un cartel no pueda establecer con facilidad qué tipo penal se aplica. En razón de lo anterior, y no para solucionar problemas con procesos pendientes como antes se sugirió, resulta razonable la inclusión de un nuevo inciso segundo al artículo 285.

Finalmente, observó que se han levantado algunas prevenciones respecto a la situación de los antecedentes de la investigación administrativa, que pasarían a la carpeta investigativa penal cuando se ejerza la acción penal, pues la primera instancia es secreta, y en cambio a la segunda tienen acceso los abogados de los imputados. Expresó que en parte ello es así, pero hay muchos estatutos procesales penales especiales, como el de lavado de activos o de tráfico de drogas, que permiten que los antecedentes de la carpeta investigativa, o cuadernos específicos de ella, se mantengan en carácter de reservado por un determinado tiempo. Indicó que esas reglas también podrían aplicarse en este caso.

Concluidas las observaciones precedentes, el señor Presidente de la Comisión propuso a los integrantes de esta instancia iniciar el debate en particular de esta iniciativa.

DISCUSIÓN EN PARTICULAR

A continuación, se efectúa una relación de las indicaciones presentadas al texto aprobado en general por el Senado, y de los acuerdos adoptados a su respecto por la Comisión.

ARTÍCULO 1º

Este artículo del texto aprobado en general introduce dos modificaciones al decreto con fuerza de ley Nº 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley Nº 211, de 1973.

Cabe recordar que este cuerpo legal tiene por objeto promover y defender la libre competencia de los mercados y sancionar los atentados en su contra. Además, consagra y regula la organización y funcionamiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Fiscalía Nacional Económica.

Mediante la primera enmienda se agrega dos artículos nuevos al mencionado decreto con fuerza de ley número 1º.

El primero es el artículo 3° bis. En esta disposición se establece que los que ejecutaren acuerdos expresos o tácitos celebrados entre agentes económicos, o prácticas concertadas entre ellos, mediante los cuales se fijen precios de venta o de compra de bienes o servicios de primera necesidad, se limite su producción o se asignen zonas o cuotas de mercado, o hubieren ordenado dicha ejecución, serán castigados con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y una multa a beneficio fiscal de hasta treinta mil unidades tributarias anuales.

Agrega que si dichas conductas se cometen mediante un sistema de telecomunicaciones al que se tenga acceso desde el territorio nacional, aun cuando se hubieren iniciado en el extranjero, se entenderán ejecutadas en Chile. El mismo principio se aplicará a las actuaciones realizadas en el extranjero por medio de sistemas de telecomunicaciones o de tratamiento de datos que contribuyan a la comisión de las conductas señaladas en el inciso anterior o faciliten los medios intelectuales o materiales para concretarlas.

Luego, precisa que las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero, sólo podrán ser iniciadas por el Ministerio Público previa denuncia o querella de la Fiscalía Nacional Económica. Habiéndose iniciado con anterioridad una investigación administrativa por los mismos hechos, el Fiscal Nacional Económico se declarará incompetente para seguir conociendo el asunto en cuanto se haga constar en el proceso respectivo el hecho de haberse acogido a tramitación la querella o efectuado la denuncia, sin perjuicio de poder continuar la investigación de aquellos hechos que involucrando a los mismos agentes económicos, constituyan otro tipo de atentado en contra de la libre competencia.

Finalmente establece que la sentencia penal condenatoria pronunciada en contra de un imputado pondrá fin a la responsabilidad administrativa que en base a los mismos hechos pudiere a éste corresponderle. Asimismo, que se considerará como eximente de responsabilidad penal la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos que haya prestado el imputado en el proceso, cuando éste hubiere accedido previamente a una reducción o exención de la multa de acuerdo con el artículo 39 bis.

Por su parte, el artículo 3° ter prescribe que para la investigación del delito sancionado en el artículo anterior, el Ministerio Público podrá solicitar al Juez de Garantía que ordene la interceptación y grabación de las comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación en que intervengan personas respecto de las cuales existan fundadas sospechas de haber participado o estar participando en la ejecución de los acuerdos o prácticas concertadas a los que dicho artículo se refiere.

La segunda modificación que establecía el texto aprobado en general, intercalaba, en el inciso cuarto del artículo 20, entre la expresión “artículo 3°” y el vocablo “prescribirán”, la frase “y en el artículo 3° bis”. Esta disposición perseguía establecer que la acción para perseguir la responsabilidad penal por actos de colusión prescribiría en el término de cinco años.

Respecto del artículo 1º se presentaron las **indicaciones números 1, 1A; 2; 3; 3A; 4; 4A; 5; 6; 7; 8; 9; 10; 11; 12; 13, y 13A.**

La indicación número 1, de los **Honorables Senadores señores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín**, propone la sustitución del proyecto aprobado en general por otro que introduce diversos cambios al decreto con fuerza de ley Nº 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley Nº 211, de 1973. Asimismo, considera otras modificaciones al Código Orgánico de Tribunales y al Código Penal, las que serán consideradas en su oportunidad.

La presentación de esta indicación es consecuencia de largos análisis y debates que realizó la Comisión cuando consideró las modificaciones que se podrían introducir al texto aprobado en general. En ella se recoge un gran número de sugerencias y observaciones que presentaron las autoridades y especialistas que recibió la Comisión durante el estudio de este proyecto.

Teniendo en consideración este antecedente, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor De Urresti**, propuso comenzar con el estudio de esta indicación.

En primer lugar, cabe consignar que propone sustituir el artículo 1º del proyecto aprobado en general por otro que introduce seis modificaciones al mencionado Decreto con Fuerza de Ley Nº 1.

Número 1

Este número agrega, al Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, de 2005, un artículo 3º bis, nuevo.

Este precepto establece que, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3º (precepto que describe diversas hipótesis que pueden constituir atentados en contra de la libre competencia), el que celebre o ejecute acuerdos con uno o más de sus competidores para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas y órganos públicos; u ordene celebrarlos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Precisa, asimismo, que será castigado con la inhabilitación absoluta temporal, en su grado máximo, para ejercer el cargo de director, gerente o administrador de una sociedad mercantil, y el cargo de director en una asociación gremial o profesional.

Agrega que para fijar la sanción aplicable, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal ni las reglas especiales de determinación de las penas establecidas en otras leyes. En su lugar, determinará su cuantía dentro de los límites señalados en los incisos anteriores, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. En consecuencia, el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al delito, salvo lo dispuesto en los artículos 51 a 54, y 103 del Código Penal.

Luego, señala que en esta materia será aplicable lo previsto en la ley Nº 18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fue sancionado.

Indica que él o los acusados que no se encuentren en la situación descrita en el artículo 39 ter, y que hayan cooperado

sustancialmente con la investigación, se les rebajará en un grado la pena determinada según lo que dispone el inciso tercero.

Asimismo, agrega que las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero deberán ser iniciadas previa denuncia o querella formulada por la Fiscalía Nacional Económica.

Señala que la presentación de la denuncia o la interposición de la querella no inhibirá al Tribunal de la Libre Competencia para conocer o continuar conociendo y fallar las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley.

Igualmente, indica que en los casos en que el Fiscal Nacional Económico haya resuelto formular denuncia o querella ante el Ministerio Público por los hechos sancionados en este artículo, deberá informar en el mismo acto al órgano persecutor la circunstancia de haber obtenido autorización judicial para realizar una o más de las medidas a que se refieren los numerales 1 a 4 del literal n) del artículo 39 (relativo a las diligencias intrusivas que puede solicitar la Fiscalía Nacional Económica), así como el hecho de haber realizado o no dichas diligencias o de encontrarse éstas pendientes o en ejecución, debiendo remitir, a requerimiento del Ministerio Público, conjuntamente con la copia del expediente administrativo, copia de los registros y antecedentes obtenidos a partir de dichas actuaciones, para su utilización en el proceso penal.

Para los efectos de su incorporación al proceso penal de los mencionados registros, no se aplicará lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal a las copias de los registros y antecedentes que hayan sido recabados por la Fiscalía Nacional Económica, a partir de diligencias realizadas con autorización de un Ministro de Corte de Apelaciones.

Finalmente, puntualiza que será competente para conocer de este delito el tribunal del lugar donde se celebraron o ejecutaron los acuerdos contrarios a la libre competencia. En caso de haber más de un tribunal competente se aplicará la regla establecida en el artículo 112 del Código Orgánico de Tribunales.

La Comisión decidió dividir la discusión del artículo 3º bis en los incisos que la contienen.

Inciso primero del artículo 3 bis de la indicación número 1

En él se prescribe que sin perjuicio de lo previsto en el artículo anterior, el que celebre o ejecute acuerdos con uno o más de sus competidores para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir,

asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas y órganos públicos; u ordene celebrarlos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Al iniciarse el estudio de esta materia, **el Honorable Senador señor Espina** recordó que previamente el señor Francisco Agüero, representante del Centro de Regulación y Competencia (RegCom), de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, puntualizó que los carteles que afecten las licitaciones también deben abarcar las que realizan empresas privadas que prestan servicios públicos.

En el mismo sentido, el **Honorable Senador señor Larraín** señaló que debe quedar claro que las empresas que prestan servicios concesionados quedan dentro de la categoría de empresas privadas que prestan servicios públicos.

Sobre este punto, se tuvo presente que parte de la doctrina del derecho administrativo ha precisado que, en virtud del fenómeno de “privatización” de servicios públicos (concesiones, autorizaciones, actividades privadas reguladas, etc.), resulta inapropiado seguir empleando, para tales casos, la expresión “gestión de servicios públicos”, en la medida que las actividades liberalizadas constituyen actividades de los particulares que ellos realizan por su cuenta y ventura, sujetos a un sistema de disciplina pública. Por esta razón sería más preciso referirse a tales entidades como “prestadores u operadores (privados) de servicios (públicos)”. [1]

Los demás miembros presentes de la Comisión estuvieron de acuerdo con la afirmación antes indicada, y concordaron con la idea de incluir la especificación antes señalada.

Continuando con el análisis de lo dispuesto en el inciso primero del nuevo artículo 3º bis, **el abogado y profesor de derecho penal señor Matus** observó que la palabra "acuerdo" que emplea la descripción del tipo es restrictiva y supone una situación que puede hacer difícil la prueba de esta conducta. Expresó que en su proposición alternativa se considera ocupar el término "práctica concertada" que es una situación de hecho más fácil de probar, e indiciaria de la presencia de un acuerdo.

Al respecto, se tuvo en vista que la elección del término "acuerdo" no es baladí, porque deja afuera de la descripción típica conductas que la doctrina económica denomina “paralelismo consciente” o “paralelismo comercial” y que se producen en mercados oligopólicos donde los precios de un producto o servicio son similares, como consecuencia de que una empresa sigue a otra sin que exista una acuerdo expreso o tácito

[1] CORDERO VEGA, Luis, *Lecciones de derecho administrativo*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2015, pp. 472-473.

entre ellas. Por lo mismo, se puntualizó, que la expresión acuerdo pretende perseguir penalmente la práctica desleal más grave, y que se puede producir como consecuencia de un acuerdo expreso o tácito entre dos competidores.

El Honorable Senador señor Larraín manifestó que la situación antes señalada es común en los precios agrícolas, en los que una gran cantidad de productores de un determinado bien ofrecen su producción al precio que observan en el resto del mercado, sin que haya de por medio acuerdo expreso o tácito. En ese sentido, respaldó la idea de ocupar el término "acuerdo".

Finalmente, se tuvo en consideración otra idea que sugirió el profesor señor Matus, cual es la de establecer un sanción adicional consistente en una multa penal aplicable a la persona natural que perpetra la conducta penada en este inciso.

Al respecto, los miembros de la Comisión consideraron que esta iniciativa contiene un incremento considerable de la multa administrativa establecida en el artículo 26. Ella puede ser aplicada tanto a la persona jurídica como a los directores o ejecutivos que participaron en el ilícito. Observaron que no es conveniente establecer, además de la sanción corporal y la inhabilidad que trata el inciso siguiente, una sanción penal pecuniaria, porque en ese caso podría plantearse legítimamente una situación de *non bis in idem*. Asimismo, se indicó que la intención de esta iniciativa es que los actos de colusión consistente en un acuerdo o cartel de competidores para fijar el precio de mercado, sean castigados tanto penal como administrativamente a la vez.

Concluido el análisis del inciso primero de la indicación número 1, el señor Presidente de la Comisión, lo sometió a votación con la enmienda de precisar que entre las conductas que se sancionarán, se incluye las de afectar el resultado de licitaciones realizadas empresas privadas prestadoras de servicios públicos.

La Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señores De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, aprobó esta disposición con la enmienda indicada.

Seguidamente, la Comisión tuvo presente las **indicaciones números 1 A, 2, 3 y 3 A.**

La indicación número 1 A del Honorable Senador señor Letelier, agrega una artículo 287 bis, nuevo al Código Penal.

En él se prescribe que los que ejecutaren acuerdos expresos o tácitos celebrados entre agentes económicos, o

prácticas concertadas entre ellos, abusando de una posición de dominio total o parcial del mercado, mediante los cuales se fijen precios de venta o de compra de bienes o servicios de primera necesidad, se limite su producción o se asignen zonas o cuotas de mercado, o hubieren ordenado dicha ejecución, serán castigados con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo y multa a beneficio fiscal de hasta treinta mil unidades tributarias anuales.

Agrega que si dichas conductas se cometen mediante un sistema de telecomunicaciones al que se tenga acceso desde el territorio nacional, aun cuando se hubieren iniciado en el extranjero, se entenderán ejecutadas en Chile. El mismo principio se aplicará a las actuaciones realizadas en el extranjero por medio de sistemas de telecomunicaciones o de tratamiento de datos que contribuyan a la comisión de las conductas señaladas en el inciso anterior o faciliten los medios intelectuales o materiales para concretarlas.

Finalmente, precisa que se considerará como atenuante de responsabilidad penal la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos que haya prestado el imputado en el proceso. La reducción de pena se efectuará con posterioridad a la individualización de la sanción penal conforme a las reglas generales, rebajando la penalidad en uno o dos grados.

La Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señores De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, rechazó esta indicación. Al adoptar esta resolución se tuvo en cuenta que ella propone una enmienda al Código Penal, criterio que no es compartido por la Comisión. Asimismo, sanciona un conjunto de conductas que son muy amplias, lo que no se condice con el criterio adoptado previamente por la Comisión.

A continuación, la Comisión trató **la indicación número 2, del ex Senador señor Novoa**, que proponía la supresión del número 1 del texto aprobado en general y que establece la sanción penal para determinadas conductas colusivas.

La Comisión, por la misma unanimidad anterior, rechazó esta indicación.

Seguidamente, trató **la indicación número 3 del ex Senador señor Vásquez** que propone establecer que solo se perseguirá la responsabilidad penal de quienes ejecuten conductas colusivas serán castigados con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio.

La Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, rechazó esta indicación.

Con la misma votación rechazó las indicaciones número 3 A, del ex Senador señor Escalona que proponía sancionar las conductas descritas en este nuevo ilícito con la pena de presidio mayor en su grado máximo, **y la indicación número 4 A, del ex Senador señor Vásquez** que sugería intercalar un inciso segundo, nuevo, que establecía que quienes hubieren ejecutado los acuerdos de fijar precios de venta o compra de bienes o servicios, limitar su producción o asignar zonas o cuotas de mercado, o hubieren realizado prácticas concertadas entre ellos que tiendan a lograr cualquiera de dichos fines, o hubieren ordenado dicha ejecución, serán castigados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa a beneficio fiscal de hasta treinta mil unidades tributarias. Para estos efectos, el inicio de ejecución se tendrá por delito consumado.

-.-.-

A continuación, **el señor Presidente de la Comisión** puso en discusión **el inciso segundo del artículo 3 bis que incorpora la indicación número 1**

En él se prescribe que sin perjuicio de la pena establecida en el inciso primero, el autor de este ilícito será castigado con la inhabilitación absoluta temporal, en su grado máximo, para ejercer el cargo de director, gerente o administrador de una sociedad mercantil, y el cargo de director en una asociación gremial o profesional.

Al iniciarse el estudio de esta proposición, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor De Urresti**, ofreció el uso de la palabra al **Honorable Senador señor Harboe,** quien indicó que esta sanción considera un fuerte reproche profesional, por lo tanto es muy importante dejar en la historia de la ley que el juez debe aplicarla a quienes tuvieron el dominio de las circunstancias que dieron lugar al acuerdo. Ella no se debe trasladar a los mandos medios que aparezcan como los ejecutores materiales del mismo, pero sin que hayan tenido control sobre la decisión.

Los miembros presentes de la Comisión consideraron que la observación del Honorable Senador señor Harboe debe quedar registrada en la historia de la ley conjuntamente con la aprobación de este inciso.

Concluido el estudio de este inciso, el señor Presidente de la Comisión lo sometió a votación.

La Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señores De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, aprobó sin enmiendas el inciso segundo del nuevo artículo 3 bis.

Incisos tercero y cuarto del artículo 3 bis de la indicación número 1

Estos incisos contenidos en la indicación número 1, prescriben que para fijar la sanción aplicable, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal ni las reglas especiales de determinación de la pena establecidas en otras leyes. En su lugar, determinará su cuantía dentro de los límites señalados en los incisos anteriores, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. En consecuencia, el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al delito, salvo lo dispuesto en los artículos 51 a 54, y 103 del Código Penal.

Agregan que será aplicable lo previsto en la ley Nº 18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere sancionado.

Al iniciarse el estudio de esta proposición, **el señor Presidente de la Comisión** concedió el uso de la palabra al **Honorable Senador señor Harboe**, quien connotó que muchas de las iniciativas que se tramitan en paralelo a este proyecto y que tratan el mismo tema, consideran sanciones penales aparentemente superiores a las que acá se expresan. Con todo, aseveró, que en su actual redacción, no contemplan normas especiales para la determinación de penas, aplicándose entonces el estatuto general, contenido en los artículos 65 a 69 del Código Penal, que establece que ante la verificación de dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, la sanción establecida en la ley se puede bajar hasta tres grados del mínimo, lo que en la práctica termina con penas ínfimas.

Por el contrario, argumentó, esta iniciativa considera normas especiales de determinación judiciales de penas, que asegura que siempre la sanción que determine el tribunal estará dentro de los rangos que establece la ley, por lo que en este proyecto, a diferencia de lo que ocurre en las mociones paralelas, propone castigos reales y no teóricos.

Además, observó que esta formulación considera una norma que suspende la aplicación de la penas sustitutivas contenidas en la ley Nº 18.216 por un año, lo que implica que a todo evento el condenado deberá cumplir un año de presidio efectivo.

Sobre el particular el profesor señor Matus adujo que esta regla coloca la legislación penal de la protección de la libre competencia en la línea de lo acordado por el Congreso Nacional en los últimos años, en el sentido de recuperar para ese Poder del Estado la facultad de fijar las sanciones que corresponden a la infracción de los bienes jurídicos más preciados por la ciudadanía. Respecto de la limitación de la ley Nº 18.216, sostuvo que es mejor no hacer la excepción que se considera en el inciso cuarto, pues en este caso no está comprometida la afectación de la vida, como ocurre en la ley Emilia, que fue la primera que incluyó una regla de este tipo.

Al respecto, la Comisión consideró que la sanción corporal propuesta es compuesta, y comprende un grado inferior de una pena de simple delito, y un grado superior de una pena de crimen, y según las reglas que se proponen para determinar penas el imputado que no tenga agravantes y que nunca haya sido condenado con anterioridad por otro delito puede optar al grado inferior, lo que aplicando las normas de la ley Nº 18.216 permite acceder, de manera más o menos automática, a las medidas alternativas ahí reguladas. Esta situación implicaría que muchos condenados nunca sufrirían una pena de cárcel efectiva. En cambio, con la norma que establece la indicación, el condenado que recibe la sanción mínima a todo evento deberá pasar un año en la cárcel. Por las consideraciones antes señaladas, se optó por mantener la formulación de la indicación.

Sometidos a votación los incisos tercero y cuarto del artículo 3 bis de la indicación número 1, fueron aprobados por la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señores De Urresti, Espina, Harboe y Larraín.

Inciso quinto del artículo 3 bis de la indicación número 1

Establece que él o los acusados que no se encuentren en la situación descrita en el artículo 39 ter, y que hayan cooperado sustancialmente con la investigación, se les rebajará en un grado la pena determinada según lo que dispone el inciso tercero.

Al iniciarse el estudio de esta regla, el abogado y profesor de derecho penal señor Matus expresó que en este caso no solo se debería facilitar la colaboración sustancial con la investigación por medio de una rebaja de penas, sino que también debería hacerse extensivas todos los beneficios que establece la ley Nº 18.216.

En el mismo sentido, **el Director de ULDECCO**, **abogado señor Mauricio Fernández**, expresó que en la práctica la rebaja de un grado no tiene efectos, pues en el mejor de los casos el imputado que acceda a ella será condenado a un mínimo de 541 días (tope inferior del

grado anterior, esto es, presidio menor en su grado medio), situación en la cual en todo caso procederá un año de presidio efectivo. Ante esta situación, asevero, que es muy poco probable encontrar a imputados que cooperen, por lo que el Ministerio Público deberá probar completamente todas las imputaciones que haga, lo que siempre deja la puerta abierta para una absolución.

De forma alternativa, **el Honorable Senador señor Espina** planteó que se podría eliminar en este caso la rebaja de pena para el sujeto que coopere, pero como contrapartida se le podrían hacer aplicables todos los beneficios de la ley Nº 18.216, sin excepciones.

En sentido contrario, **el Honorable Senador señor De Urresti** subrayó que si se incluye una modificación del tipo de las que anteriormente se expusieron, se establece un incentivo indebido para que todos quienes sean imputados penalmente por prácticas colusivas reconozcan su responsabilidad para evitar la prisión efectiva. Explicó que la situación antes descrita sería avalada por el Ministerio Público, pues de esta forma el órgano persecutor también logra que sean aplicables las reglas del juicio abreviado, que importan un carga de trabajo mucho menor para el fiscal del caso -ya que no tiene que acreditar los hechos que imputa al encausado-, y un resultado casi asegurado. Observó que lo anterior, sumado al hecho que el primer delator tiene asegurada la exclusión de responsabilidad penal, haría que en definitiva nadie termine efectivamente castigado por este ilícito, lo que atenta directamente contra la idea matriz de esta iniciativa, que es establecer sanciones penales reales contra quienes infrinjan de manera más abierta y contumaz la libre competencia.

Los demás miembros de la Comisión concordaron con este último planteamiento.

Como consecuencia de lo anterior, la Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señores De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, aprobó sin enmiendas este inciso.

Inciso sexto del artículo 3 bis de la indicación número 1

Este inciso, contenido en la mencionada indicación número 1, dispone que las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero deberán ser iniciadas previa denuncia o querella formulada por la Fiscalía Nacional Económica.

Al iniciarse el estudio de esta proposición, **el señor Presidente de la Comisión** concedió el uso de la palabra al **Honorable Senador señor Espina**, quien indicó que en este caso hay tres caminos a seguir. En primer lugar, acoger lo que propone la indicación,

estableciendo que el ejercicio de la acción penal es una facultad privativa de la Fiscalía Nacional Económica. La segunda es la que ha planteado el Ministerio Público, que considera que por regla general se debería seguir el mecanismo antes señalado, pero excepcionalmente, cuando se trate de carteles relativos a bienes de primera necesidad, pueda dicho organismo accionar por sí mismo. Explicó que la tercera alternativa es seguir con la idea de la facultad privativa de la Fiscalía Nacional Económica, pero establecer que cuando en el desarrollo de una investigación administrativa se configure claramente la figura penal, se deberá presentar la querella correspondiente.

En un sentido contrario, **el Honorable Senador señor Harboe** manifestó que es mejor aprobar la indicación tal como está. Para afirmar lo anterior puntualizó que se debe considerar que la investigación de la Fiscalía Nacional Económica esencialmente busca formular requerimientos para lograr la condena de las multas y sanciones administrativas que establece el artículo 26, pesquisa que tiene una lógica y un regulación distinta a las de la investigación criminal. Ella se orienta, explicó, a lograr un estándar de convicción en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia diverso al que se requiere para lograr una sentencia condenatoria en un tribunal del juicio oral en lo penal.

Añadió que tampoco hay que perder de vista que la apreciación de si un hecho configura o no un tipo penal es una facultad privativa de los jueces, por lo que un órgano investigador como la Fiscalía Nacional Económica jamás podría tener la certeza absoluta de que descubrió un delito.

En razón de lo señalado, se mostró contrario a establecer una suerte de querella automática cuando presuntamente se pueda configurar el delito acá establecido, pues además de lo anteriormente indicado se debe también tener en vista que un proceso penal inmediato activaría una investigación paralela por los mismos hechos a cargo de otro órgano público, duplicidad que tiene mucha potencialidad para entorpecer el objetivo principal de la Fiscalía Nacional Económica, que es lograr la aplicación de las sanciones del artículo 26, y no la aplicación de castigos penales.

Por su parte, **el Honorable Senador señor De Urresti** recordó que el propio Fiscal Nacional Económico fue muy claro a este respecto, por lo que se sumó a lo indicado por el Honorable Senador señor Harboe y propuso la aprobación de la indicación tal cual está.

La Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señores De Urresti, Espina, Harboe, y Larraín, aprobó este inciso del artículo 3 bis.

Incisos séptimo, octavo, noveno y décimo del artículo 3 bis de la indicación número 1

Finalmente, el señor Presidente de la Comisión, puso en discusión estos incisos del artículo 3 bis, contenidos en la indicación número 1.

En ellos se establece que la presentación de la denuncia o la interposición de la querella no inhibirá al Tribunal de la Libre Competencia para conocer o continuar conociendo y fallar las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley.

Seguidamente, agregan que en los casos en que el Fiscal Nacional Económico haya resuelto formular denuncia o querella ante el Ministerio Público por los hechos sancionados en este artículo, deberá informar en el mismo acto al órgano persecutor la circunstancia de haber obtenido autorización judicial para realizar una o más de las medidas a que se refieren los numerales 1 a 4 del literal n) del artículo 39, así como el hecho de haber realizado o no dichas diligencias o de encontrarse éstas pendientes o en ejecución, debiendo remitir, a requerimiento del Ministerio Público, conjuntamente con la copia del expediente administrativo, copia de los registros y antecedentes obtenidos a partir de dichas actuaciones, para su utilización en el proceso penal.

Luego, determinan que para los efectos de su incorporación al proceso penal, no se aplicará lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal a las copias de los registros y antecedentes que hayan sido recabados por la Fiscalía Nacional Económica, a partir de diligencias realizadas con autorización de un Ministro de Corte de Apelaciones.

Finalmente, prescriben que será competente para conocer de este delito el tribunal del lugar donde se celebraron o ejecutaron los acuerdos contrarios a la libre competencia. En caso de haber más de un tribunal competente se aplicará la regla establecida en el artículo 112 del Código Orgánico de Tribunales.

Al iniciarse el estudio de este asunto, **el señor Presidente de la Comisión** ofreció el uso de la palabra al **abogado y penalista señor Matus**, quien observó que el inciso séptimo prevé que una vez que se presente la querella o denuncia por el ilícito, el proceso administrativo infraccional seguirá su curso. Puntualizó que ello implica establecer en la ley que existirán dos procesos paralelos sobre los mismos hechos, conocidos por instancias jurisdiccionales distintas, y que están regulados por normas diversas, lo que en definitiva plantea la posibilidad cierta de que se emitan fallos contradictorios, a menos que se establezca una regla que suspenda uno de los procedimientos que corren en paralelo

hasta que en el primero haya sentencia. Con todo, observó también que ese parece ser el entendimiento compartido por los miembros de la Comisión.

Seguidamente, **el Honorable Senador señor Espina** indicó que la idea general de la disposición es correcta. Con todo, observó que el artículo 276 del Código Procesal Penal, que en este caso no sería aplicable, permite solicitar en la audiencia de preparación del juicio oral la exclusión de pruebas provenientes de diligencias declaradas nulas y las que se obtuvieron con infracción de garantías fundamentales del imputado. Señaló que la norma que acá se propone no debe leerse en el sentido que esos elementos probatorios, provenientes de diligencias irregulares, tendrán valor inculpatorios.

Sobre el particular, los restantes miembros de la Comisión consideraron que las normas propuestas tienen un propósito mucho más específico del que se desprende de la observación anterior, pues lo único que se busca es que la prueba proveniente de la pesquisa administrativa llevada a cabo por el Fiscal Nacional Económico pueda ser introducida en el juicio oral. Añadieron que otra cosa muy distinta es la valoración que el tribunal del juicio oral en lo penal haga en definitiva de esos medios de prueba, asunto que se rige por las reglas generales del proceso penal. Al respecto, observaron que si los medios probatorios en cuestión provienen de diligencias que no tienen ningún respaldo legal, no servirán para acreditar el cargo imputado en la acusación.

Se tuvo también en consideración que el artículo 9º del Código Procesal Penal expresamente establece que la prueba recogida en la etapa investigativa mediante técnicas que importen detrimento de las garantías fundamentales del imputado o de terceros, tienen valor inculpatorio siempre y cuando esos procedimientos hayan sido previamente autorizados por un juez de garantía, que en su resolución sopesará soberanamente la magnitud del perjuicio a que se verá sujeto el derecho fundamental agredido por la diligencia que se le propone, versus la necesidad de esa diligencia para la investigación y la imposibilidad de conseguir la prueba por medios más inocuos. En ese entendido, observaron que la idea de la indicación es darle el mismo valor a la autorización extendida por un Ministro de Corte de Apelaciones para que la Fiscalía Nacional Económica realice diligencias intrusivas para allegar antecedentes probatorios al expediente administrativo.

Por su parte, **el Director de ULDECCO, abogado señor Mauricio Fernández**, expresó que la norma solo tienen el propósito de facilitar la introducción de la prueba proveniente de la pesquisa de la Fiscalía Nacional Económica al proceso penal. Lo anterior, no altera las reglas procesales penales establecidas para apreciar el valor de la prueba rendida.

Concluido el debate, **el señor Presidente de la Comisión** puso en votación los incisos séptimo, octavo, noveno y décimo del artículo 3 bis, contenido en la indicación número 1.

La Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señores De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, aprobó sin enmiendas su contenido.

-.-.-

A continuación, la Comisión consideró **las indicaciones números 4 A; 5; 6; 7; 8, 9; 10; 11; 12, y 13.**

La indicación número 4 A, del Honorable Senador señor Escalona, tiene por propósito reemplazar el inciso segundo del texto aprobado en general**.**

Como se recordó previamente el inciso segundo del texto aprobado en general disponía que si dichas conductas se cometen mediante un sistema de telecomunicaciones al que se tenga acceso desde el territorio nacional, aun cuando se hubieren iniciado en el extranjero, se entenderán ejecutadas en Chile. El mismo principio se aplicará a las actuaciones realizadas en el extranjero por medio de sistemas de telecomunicaciones o de tratamiento de datos que contribuyan a la comisión de las conductas señaladas en el inciso anterior o faciliten los medios intelectuales o materiales para concretarlas.

La referida indicación número 4 A prescribe que "la ejecución de alguna de las conductas a que se refiere el inciso anterior, se entenderán cometidas en territorio nacional cuando se realicen a través de un sistema de telecomunicaciones, electrónico o virtual, al que se pueda acceder desde Chile.".

La Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señores De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, rechazó esta indicación y el texto aprobado en general.

Luego, consideró las indicaciones números 5, del ex Senador señor Vásquez y la número 6, del Honorable Senador señor Novoa.

La indicación número 5 establece que se entenderán ejecutadas en Chile, aun cuando se hubieren iniciado en el extranjero, las conductas tipificadas en los incisos anteriores si se cometieren mediante un sistema de telecomunicaciones al que se tenga acceso desde el territorio nacional, o si las actuaciones hubieren sido realizadas en el

extranjero por medio de sistemas de telecomunicaciones o de tratamiento de datos que contribuyan a la comisión de las conductas señaladas o faciliten los medios intelectuales o materiales para concretarlas.

La indicación número 6 propone sustituir los términos “dichas conductas” por “las conductas a que se refiere la letra a) del artículo 3º”, y “el inciso anterior” por “dicha letra”, e intercalar, a continuación de “para concretarlas”, la frase “, cuando éstas produzcan sus efectos en el territorio nacional”.

Ambas indicaciones estaban formuladas al texto de la Moción y no al texto aprobado en general.

La Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señores De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, rechazó ambas indicaciones.

A continuación, la Comisión trató las indicaciones números 7 y 8. Ambas recaen en el inciso tercero del artículo 3 bis, del texto aprobado en general**.**

En dicha disposición se establecía que las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero, sólo podrán ser iniciadas por el Ministerio Público previa denuncia o querella de la Fiscalía Nacional Económica. Habiéndose iniciado con anterioridad una investigación administrativa por los mismos hechos, el Fiscal Nacional Económico se declarará incompetente para seguir conociendo el asunto en cuanto se haga constar en el proceso respectivo el hecho de haberse acogido a tramitación la querella o efectuado la denuncia, sin perjuicio de poder continuar la investigación de aquellos hechos que involucrando a los mismos agentes económicos, constituyan otro tipo de atentado en contra de la libre competencia.

La indicación número 7, del ex Senador señor Novoa, proponía su supresión.

La indicación número 8, del ex Senador señor Vásquez, proponía la sustitución del mencionado inciso tercero por el siguiente:

“Las investigaciones de los hechos señalados en los dos primeros incisos sólo podrán ser iniciadas por el Ministerio Público previa denuncia o querella de la Fiscalía Nacional Económica. Habiéndose iniciado con anterioridad una investigación administrativa por los mismos hechos, el Fiscal Nacional Económico se declarará incompetente para seguir conociendo el asunto respecto de sanciones a las personas naturales involucradas en él, en cuanto se haga constar en el proceso respectivo el

hecho de haberse acogido a tramitación la querella o la denuncia, sin perjuicio de poder continuar la investigación de los mismos hechos para la sanciones que corresponda aplicar de conformidad a la jurisdicción del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.”.

La Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señores De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, rechazó ambas indicaciones y el texto aprobado en general.

Luego, la Comisión trató **las indicaciones números 9 y 10**. Ambas recaen en el inciso cuarto del artículo 3 bis aprobado en general.

El mencionado inciso establece que la sentencia penal condenatoria pronunciada en contra de un imputado pondrá fin a la responsabilidad administrativa que en base a los mismos hechos pudiere a éste corresponderle.

La indicación número 9, del Honorable Senador señor Novoa, y la indicación número 10, del Honorable Senador señor Vásquez, proponen suprimir este inciso.

La Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señores De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, rechazó ambas indicaciones y el texto aprobado en general.

Seguidamente, la Comisión trató **la indicación número 11, del ex Senador señor Novoa.**

Mediante ella se propone eliminar el inciso quinto del artículo 3 bis aprobado en general. Esta disposición establece que se considerará como eximente de responsabilidad penal la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos que haya prestado el imputado en el proceso, cuando éste hubiere accedido previamente a una reducción o exención de la multa de acuerdo con el artículo 39 bis.

Al examinar esta norma, se tuvo en cuenta que la idea contenida en ella era razonable pero que no estaba suficientemente desarrollada en este inciso. Asimismo, y como se constará más adelante, ella será consignada en el nuevo artículo 39 ter.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, **la Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señores De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, rechazó esta indicación y el texto aprobado en general**

Finalmente, la Comisión trató **las indicaciones números 12 y 13**. Ellas recaen en el artículo 3º ter que proponía el texto aprobado en general. En dicho precepto se estatuía que para la investigación del delito sancionado en el artículo anterior, el Ministerio Público podrá solicitar al Juez de Garantía que ordene la interceptación y grabación de las comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación en que intervengan personas respecto de las cuales existan fundadas sospechas de haber participado o estar participando en la ejecución de los acuerdos o prácticas concertadas a los que dicho artículo se refiere.

La indicación número 13, del ex Senador señor Novoa, sugería su supresión y **la indicación número 13, de ex Senador señor Vásquez**, proponía su reemplazo por otra que señalaba que para la investigación del delito sancionado en el artículo anterior, el Ministerio Público podrá solicitar al Juez de Garantía que ordene cualquiera de las medidas contempladas en el inciso segundo, letra n), del artículo 39, respecto de las personas o empresas sobre las cuales existan fundadas sospechas de haber participado o estar participando en la celebración o en la ejecución de los acuerdos o prácticas concertadas a los que dicho artículo se refiere.

La Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señores De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, rechazó esta indicación y el texto aprobado en general, toda vez que, como se establecerá en el inciso octavo del nuevo artículo 3 bis, se garantizará al Ministerio Público la posibilidad de acceder a la información que la Fiscalía Nacional Económica haya reunido de conformidad a la letra n) del artículo 39.

Número 2

El texto aprobado en general modifica el inciso cuarto del artículo 20, entre la expresión “artículo 3°” y el vocablo “prescribirán”, la frase “y en el artículo 3° bis”.

El mencionado artículo 20 regula, entre otras materias, el plazo de prescripción en que prescriben las acciones para perseguir la responsabilidad por infracciones al artículo 3º del decreto ley Nº 211. En lo que interesa a este informe, cabe consignar que la norma aprobada en general en la práctica establecía que la acción para perseguir la responsabilidad penal prescribía en el plazo de cinco años.

En relación con el artículo 20, la indicación número 1, de los Honorables Senadores señores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, propone la sustitución de este número por otro que introduce en dos letras, igual número de modificaciones al mencionado artículo 20.

Mediante la primera se reemplaza sus incisos tercero y cuarto por los siguientes:

“Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de tres años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan.

Sin perjuicio de lo anterior, las acciones para perseguir las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° y en el artículo 3° bis prescribirán en el plazo de cinco años, y el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción.

Interpuesta ante el Tribunal de la Libre Competencia una demanda por algún particular o un requerimiento por Fiscal Nacional Económico se interrumpirá la prescripción de las acciones administrativas o penales a que den lugar las infracciones a la presente ley.”.

Al iniciarse el debate de esta indicación, el señor Presidente de la Comisión concedió el uso de la palabra **al Honorable Senador señor Harboe,** quien manifestó que la disposición propuesta implica que se interrumpe el plazo de prescripción de la acción penal por el hecho de que la Fiscalía Nacional Económica presente un requerimiento ante el Tribunal de la Libre Competencia. Observó que lo anterior es una situación peculiar, porque ese requerimiento no contiene la imputación de un delito, sino de una falta administrativa, y se interpone ante un órgano jurisdiccional que no tiene competencia penal, sino sólo infraccional.

Sobre el particular, los restantes miembros de la Comisión tuvieron presente que la tipificación que se introdujo en el artículo 3º bis no importa la penalización de conductas nuevas, que anteriormente no tenían relevancia para el sistema de protección de la libre competencia. Por el contrario, sostuvieron que la forma particular de cartel que se penaliza en esa disposición es la modalidad más grave de alguna de las conductas que ya están descritas, para efectos infraccionales, en la letra a) del artículo 3º, por tanto, cada vez que el Fiscal Nacional Económico presenta un requerimiento ante el Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia por las infracciones de la citada letra a), se abre automáticamente la posibilidad de que, si lo estima pertinente, pueda presentar un denuncia o querella criminal por los mismos hechos, con el fin que también se persiga la responsabilidad penal del infractor, asunto que está en manos del Ministerio Público. En ese contexto, es perfectamente entendible que la interposición del requerimiento ante el Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, que interrumpe la prescripción de la acción infraccional, detenga también la prescripción penal, porque esa persecución criminal se basa en la imputación de los mismos hechos.

Atendida estas consideraciones, la Comisión, por la unanimidad de sus integrantes, Honorables Senadores señores De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, aprobó esta enmienda al artículo 20.

A continuación, se consideró la segunda modificación contenida en el **número 2 de la indicación número 1**. Ella propone la supresión del inciso final del artículo 20.

En lo que interesa a este informe, dicho inciso prescribe que sin perjuicio de las disposiciones generales, las acciones civiles derivadas de un atentado a la libre competencia prescriben en el plazo de cuatro años, contado desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva.

Sobre el punto, los miembros de la Comisión tuvieron presente que el referido inciso final establece las normas sobre prescripción de la acción de indemnización de perjuicios, asunto que será tratado en la modificación que se propone al artículo 30, la que contiene normas especiales respecto de la prescripción de esa acción

Concluido el análisis de este punto, el señor Presidente de la Comisión puso en votación la letra b) del número 2) de la indicación número 1.

La Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señores De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, aprobó esta modificación.

Con la misma votación rechazó la indicación número 13 A, del ex Senador señor Escalona para intercalar, en el inciso tercero propuesto, a continuación de la expresión “de inmediato”, la palabra “todos”.

Se tuvo presente que esta indicación estaba formulada al texto original de la Moción y no al que ahora se analiza.

-.-.-

Seguidamente, se trató **el número 3 de la indicación número 1**, que propone introducir, mediante tres letras, igual número de enmiendas al artículo 26 del decreto ley Nº 211.

En lo que interesa a este informe, el artículo 26 regula las sanciones que puede imponer en su sentencia el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

La letra a) reemplaza, en la letra c) del inciso segundo, la oración “Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales y, en el caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3°, hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales.”, por la siguiente: “Aplicar multas de hasta dos veces el beneficio económico obtenido por el infractor, cuando aquel puede ser determinado por el Tribunal. En caso contrario, ella corresponderá al treinta por ciento de las ventas del infractor en el período durante el cual haya perdurado su conducta ilícita. En el caso de las conductas señaladas en la letra a) del artículo 3° y en el artículo 3º bis, la multa será de hasta tres veces el monto del beneficio económico obtenido por el infractor. Si aquel no puede ser determinado por el tribunal, ella corresponderá al cuarenta por ciento de las ventas del infractor, en el período indicado precedentemente.”.

Al analizarse esta norma, **el Honorable Senador señor Espina** indicó que la propuesta es dura pero justa, pues el nivel actual de desarrollo del país ha demostrado que pueden tener lugar operaciones que atenten contra la libre competencia que generen beneficios para sus participantes que superen ampliamente el máximo de la multa establecida en la ley vigente.

Por su parte, **el Honorable Senador señor Harboe** recordó que todos los expertos y funcionarios que asistieron a las sesiones anteriores de la Comisión estuvieron contestes en que la única forma de generar un desincentivo económico claro a la colusión es vincular la sanción pecuniaria al provecho obtenido o a las ventas efectuadas, sin un tope máximo.

A su vez, **el Director de ULDECCO, señor Mauricio Fernández**, recordó que la ley vigente prevé que el Fiscal Nacional Económico no está obligado a pedir el máximo de la sanción en su requerimiento, y que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia aplicará en definitiva la multa que proceda teniendo en cuenta el beneficio obtenido, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor, y la colaboración que haya prestado. Observó que esos últimos criterios no son solo buenas prácticas sino parámetros establecidos en la ley, y por tanto obligatorios.

El Honorable Senador señor Espina añadió que precedentemente la señora María Elina Cruz del Centro PUC de Libre Competencia dio a entender que el aumento de multa sería contraproducente, pues muchas de las empresas que han estado involucradas en los últimos atentados graves a la libre competencia transan sus acciones en la Bolsa, y por ello el patrimonio de los Fondos de Pensiones se puede ver afectado si esas compañías son condenadas por esta causa. Puntualizó que ese argumento es errado y peligroso, porque

quien se colude obtendría una suerte de inmunidad a través del expediente de compartir la propiedad accionaria con los Fondos de Pensiones.

A su vez, **el Honorable Senador señor Harboe** indicó que esos Fondos Previsionales que no tuvieron parte en la gestación de la conducta colusiva también son afectados por la misma, pues cada vez que se descubre uno de estos ilícitos, el valor bursátil de la acción de las empresas involucradas baja. Ello permite a esos Fondos, al igual que los accionistas minoritarios, repetir contra los directores que fraguaron la operación.

En otro orden de materias, **el Honorable Senador señor Larraín** recordó que la señora Cruz planteó otra pregunta y que se refiere al tipo de ventas que se van a considerar para estos efectos. ¿Las que se realizaron en el territorio nacional o las que se efectuaron fuera de las fronteras del país?

Sobre el particular, **el Honorable Senador señor Espina** indicó que en este caso puede ser mejor no distinguir y dejar al juez la determinación de la multa que se debe aplicar. Asimismo, establecer que si las ventas del infractor en el exterior son relevantes para la determinación del perjuicio causado o de la infracción cometida. Observó que aunque parte de la operación haya tenido lugar fuera del país, la utilidad proveniente de ella se configura en nuestro país, pues se parte de la base que se trata de empresas que operan desde Chile, y no que funcionan con otra razón social establecida fuera. Además, puede que las condiciones de venta en el extranjero de los coludidos en Chile se explique por el nivel de ventas o la utilidad de la operación en nuestro país.

Explicó que el asunto también puede abarcar las ventas globales del infractor o solo las del producto involucrado, pues ahí también puede ocurrir que esos otros productos sean operaciones completamente independientes de la colusión, o que sus condiciones de mercado estén íntimamente relacionadas con el bien cuyo precio fue objeto de un acuerdo ilícito entre competidores. En razón de lo anterior, fue de la opinión de no innovar y aprobar el literal tal como fue propuesto en la indicación.

Por su parte, el **Honorable Senador señor Harboe** expresó que la aplicación de multas considerando también las ventas fuera del país abre la posibilidad que la misma empresa sea sancionada en Chile y en el extranjero por la misma práctica colusoria, lo que implica una duplicidad de sanciones.

En la misma línea, **el Honorable Senador señor De Urresti** señaló que la legislación antimonopolio de otras jurisdicciones puede apreciar de otra forma la prueba, a efectos de que proceda una

sanción pecuniaria. Esto puede importar una complicación extra a la Fiscalía Nacional Económica a la hora de justificar la compatibilización de las sanciones por ventas en Chile y en el extranjero.

Finalmente, **el Director de ULDECCO, señor Mauricio Fernández,** manifestó que el asunto planteado es de índole exclusivamente administrativo y no penal. Agregó que es muy complejo de definir en abstracto este asunto, y puede ser mejor permitir que la jurisprudencia del Tribunal de la Libre Competencia, a la luz de lo señalado en el actual párrafo segundo de la letra c) del artículo 26, determine caso a caso cuándo es relevante o no considerar las ventas del infractor en el extranjero o la facturación de productos distintos del que fue objeto de la infracción.

Concluido el estudio de esta enmienda, el señor Presidente la Comisión la sometió a votación.

La Comisión, por la unanimidad de los miembros presentes, Honorables Senadores señores De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, aprobó esta indicación sin enmiendas.

A continuación, trató **la letra b) del número 3 de la indicación número 1.**

Mediante ella se incorpora, al artículo 26, una letra d), nueva, del siguiente tenor:

“d) En el caso de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3º y en el artículo 3º bis, se podrá imponer, además, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos públicos o empresas públicas creadas por ley, empresas del Estado y las sociedades en que éste tenga aporte, participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, cualquiera sea el estatuto por el que se rijan, hasta por el plazo de cinco años contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada. Para adoptar esta decisión, el tribunal deberá considerar los elementos establecidos en el párrafo final de la letra c).”.

El Honorable Senador señor Harboe observó que tal como está formulado de manera tal que sólo se le puede aplicar a la empresa infractora y no a las personas naturales que participaron en la maquinación contraria a la libre competencia, pues no se aplica en este caso la regla del primer párrafo de la letra c) del artículo, que sólo está referido a las multas. Por tal razón, solicitó que la misma regla se pudiera hacer extensiva a las personas naturales y jurídicas que intervinieron en las conductas descritas en la letra a) del artículo 3º y el artículo 3º bis.

En este sentido, se propuso agregar a esta disposición la siguiente oración: Esta sanción se podrá imponer a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización de tales conductas.

Los miembros presentes de la Comisión concordaron con esta redacción.

La Comisión, por la unanimidad de los miembros presentes, Honorables Senadores señores De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, aprobó esta indicación con la enmienda ya indicada.

Finalmente, la Comisión trató **la letra c) del número 3 de la indicación número 1.**

Mediante ella se agrega un inciso final, nuevo, al artículo 26. Su texto es el siguiente:

“La aplicación de las sanciones establecidas en este artículo serán compatibles con la aplicación de las penas consignadas en el artículo 3 bis y con la determinación de la indemnización del perjuicios que prevé el artículo 30.”.

La Comisión, por la unanimidad de los miembros presentes, Honorables Senadores señores De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, aprobó esta indicación sin enmiendas.

-.-.-

Seguidamente, la Comisión **trató el número 4 de la indicación número 1.**

Ella incide en el inciso primero artículo 30º del decreto ley Nº 211. Esta norma, en lo que interesa a este informe, regula la acción de indemnización civil que pueden interponer las personas que han sufrido las consecuencias de un acto que atenta contra la libre competencia.

Este número de la indicación número 1 propone sustituir el referido inciso primero por otro que establece que la acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar, con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá individual, plural o colectivamente ante el juez de letras con competencia en lo civil del domicilio principal en Chile del infractor. La cuantía de la indemnización que podrá percibir cada demandante equivaldrá a sus perjuicios patrimoniales directos, los que se presume que alcanzan el cuarenta por ciento del precio efectivamente pagado. Ella se

tramitará de acuerdo a las reglas del Libro III del Título XI del Código de Procedimiento Civil. Tratándose de acciones de carácter colectivo, será además aplicable el párrafo segundo del título IV de la ley Nº 19.496, relativo a Procedimiento Especial para Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores, en lo que corresponda. La acción de indemnización prescribirá en el término de cinco años a contar de la perpetración del acto que dio lugar a los perjuicios, y se interrumpirá desde la interposición del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20, hasta que la sentencia definitiva del tribunal de defensa de la libre competencia esté firme o ejecutoriada.

Al iniciarse el estudio de esta indicación, **el señor Presidente de la Comisión** concedió el uso de la palabra al **Honorable Senador señor Harboe** recordó que en el derecho comparado se considera una regla de daños punitivos equivalente al triple de los perjuicios causados. Añadió que una forma muy eficaz de disuadir conductas colusivas es un estatuto estricto de responsabilidad por daños a terceros, pues de esa forma además de la pretensión punitiva del Estado, que se satisface con la multa o pena corporal correspondiente, existe la posibilidad cierta que los consumidores perjudicados obtenga un resarcimiento.

Observó que la limitación de los daños que establece la indemnización propuesta deja afuera el daño moral y los perjuicios indirectos, lo que podrían ser cobrados mediante un procedimiento ordinario de lato conocimiento, en el que no procedería el sistema especial de la acción de clase o colectivas.

Sobre este punto, se recordó que el perjuicio es indirecto cuando no existe proximidad causal entre el daño sufrido y la acción colusiva.

Por su parte, **el Honorable Senador señor Larraín** observó que la descripción de los titulares de la acción de perjuicios permite entender que la demanda pueda ser interpuesta por personas naturales o jurídicas, pero siempre con el mismo tipo de reclamo: el perjuicio proveniente de lo pagado por sobre el precio de competencia. Observó que también existe otro título posible de perjuicios, que es el que sufre el competidor que no participó en la maniobra, y que fue excluido del mercado por ella o sufrió un detrimento importante de sus ventas, porque no pudo competir en igualdad de condiciones, o el accionista minoritario o el Fondo de Pensiones que ve disminuido el valor bursátil de su patrimonio por una maniobra de directores que no controla y que terminó sancionado por esta ley. Señaló que, en todos esos casos, deberían proceder las acciones que establece la ley Nº 20.169, sobre competencia desleal.

El Honorable Senador señor Espina indicó que la regla que se propone en la indicación es acertada, porque los

consumidores perjudicados solo deberán probar su calidad de tal para entrar al proceso. Agregó que la existencia de la presunción de los perjuicios, más las reglas sobre acciones de clase, facilita mucho el cobro de las indemnizaciones correspondientes. Asimismo, puntualizó que hay que agregar esta norma la posibilidad de que los perjudicados por la situación de competencia desleal, que son los otros competidores que no participaron en la colusión, puedan accionar según las reglas de la ley Nº 20.169, pero beneficiándolos con las mismas normas sobre interrupción de la prescripción que establece este precepto.

Los miembros de la Comisión concordaron con este planteamiento. Al respecto, se propuso agregar una referencia a la letra d) del artículo 5º de la ley Nº 20.169 y el plazo en que ésta prescribirá.

La Comisión, por la unanimidad de los miembros presentes, Honorables Senadores señores De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, aprobó esta indicación con la enmienda ya indicada.

-.-.-

A continuación, la Comisión trató **el número 5 de la indicación número 1.**

Mediante ella se introduce dos modificaciones, en igual número de literales, al artículo 39 de la ley, que regula las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica. El tenor de la modificación propuesta es el siguiente:

a. Sustitúyese al final del párrafo segundo de la letra ñ) la expresión “, y” por un punto aparte (.), y

b.- Agrégase una letra o), nueva, pasando la actual letra o) a ser letra p).

“o) Presentar la denuncia o querella que establece el artículo 3º bis.”

Al respecto, **el señor Presidente de la Comisión** señaló que esta norma está plenamente justificada, porque establece, como nueva Facultad para la Fiscalía Nacional Económica, la atribución de interponer la correspondiente denuncia o querella criminal cuando del mérito de sus investigaciones se concluye que se ha realizado un acto descrito el artículo 3º bis, nuevo. Con todo, puntualizó que esta disposición otorga una nueva atribución para un organismo público, por lo que es una materia de la iniciativa legislativa exclusiva del Ejecutivo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 65 de la Carta Fundamental.

- Por esta razón, el Presidente de la Comisión declaró inadmisible el numeral 5 de la indicación número 1.

Por su parte, los demás miembros de la Comisión solicitaron oficiar al Ejecutivo para que, mediante una indicación a esta iniciativa, presente una norma similar a la analizada precedentemente.

La Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señores De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, acordó el envío del mencionado oficio.

-.-.-

Seguidamente, la Comisión trató **el número 6 de la indicación número 1**.

Mediante este número se incorpora al decreto ley Nº 211, un artículo 39 ter, nuevo, del siguiente tenor:

“Artículo 39 ter.- El que ejecutare algunas de las conductas descritas en el artículo 3º bis quedará exento de responsabilidad penal cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica, antecedentes que conduzcan a la acreditación de dichas conductas y a la determinación de sus responsables.

Para acceder a este beneficio, el ejecutor de la conducta deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1.- Los establecidos en los incisos segundo y tercero del artículo 39 bis. El cumplimiento de estas condiciones será determinada a juicio exclusivo por el Fiscal Nacional Económico, mediante una resolución fundada.

2.- Proporcionar al Ministerio Público y al tribunal competente los mismos antecedentes que previamente entregó a la Fiscalía Nacional Económica, prestando para ello declaración en calidad de testigo en la primera oportunidad en la que sea citado a declarar por el Fiscal encargado de la investigación a que haya dado origen la denuncia o querella presentada por la Fiscalía Nacional Económica.

Quien intente acogerse a los beneficios de este artículo presentando, a sabiendas, antecedentes falsos o fraudulentos, no gozará de la exención de responsabilidad penal que establece este artículo y será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo. Esta sanción se acumulará materialmente a la que corresponda según lo dispuesto en el artículo 3º bis.

La exención de responsabilidad penal establecida en este artículo no impedirá perseguir la responsabilidad civil y administrativa derivada de este ilícito.”.

Al iniciarse el estudio de esta iniciativa, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor De Urresti,** concedió el uso de la palabra al **Honorable Senador señor Harboe,** quien observó que la exención de responsabilidad administrativa, que es el requisito para que proceda el beneficio propuesto en este artículo, supone que no se haya presentado el requerimiento ante el Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, pero no que la investigación no haya comenzado. Lo anterior implica que el imputado que sabe que se inició una investigación en su contra puede intentar acogerse al beneficio que establece el artículo 39 bis, no porque voluntariamente quiera hacer cesar su ilícito y facilitar su investigación, sino porque la inminencia de un requerimiento en su contra. Por esta razón, y para no proporcionar en la ley incentivos incorrectos, sugirió que esa exención solo proceda cuando no se haya iniciado la investigación.

En contra, **el Honorable Senador señor Espina** puntualizó que el actual sistema de delación compensada en materia administrativa, que ha sido la causa del éxito judicial para desbaratar las mayores operaciones que atentaron contra la libre competencia en el último lustro, establece que la exención procede siempre y cuando no se haya formulado el correspondiente requerimiento, y en este caso es mejor no innovar en esta materia.

Finalmente, **el Honorable Senador señor De Urresti** explicó que la investigación llevada a cabo por la Fiscalía Nacional Económica es secreta, por tanto, el imputado que confiesa no tiene una forma de saber, a ciencia cierta, que está siendo investigado.

Concluido el análisis de este número, el señor Presidente de la Comisión lo sometió a votación.

La Comisión, por la unanimidad de los miembros presentes, Honorables Senadores señores De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, aprobó este número de la indicación número 1, sin enmiendas

Artículo 2º

El texto aprobado en general incide en el artículo 6º del Código Orgánico de Tribunales, que excepcionalmente confiere competencia a los tribunales chilenos para conocer hechos acaecidos fuera del territorio nacional.

La modificación está contenida en tres numerales, del siguiente tenor:

1.- Sustitúyese en el numeral 9º, la letra “y” y la coma (,) que le precede, por un punto y coma (;).

2.- Reemplázase al final del numeral 10, el punto aparte por una letra “y” precedida de una coma (,).

3.- Agrégase el siguiente numeral 11, nuevo:

“11. Los sancionados en el artículo 3º bis del decreto con fuerza de ley Nº 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley Nº 211, de 1973, cuando afecten la libre competencia en los mercados chilenos.”.

Al iniciarse el estudio de esta disposición, se recordó que un número importante de colusiones puede tener su origen en acuerdos que se realizan en el exterior y cuyas consecuencias van a afectar a los mercados chilenos. Por lo mismo, se consideró oportuno que tales ilícitos queden sometidos a la jurisdicción chilena, aun cuando comiencen fuera del territorio de la República.

Los integrantes de la Comisión concordaron con la conveniencia de mantener el precepto aprobado en general y acordaron no introducirle enmiendas.

Por la misma razón, **la Comisión acordó, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorable Senadores señores De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, rechazar la indicación número 14, del ex Senador señor Novoa, que proponía suprimir este artículo**.

\- - -

Finalmente, la Comisión trató **el nuevo artículo 3º que propone agregar la indicación número 1**, de los Honorables Senadores señores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín.

Se hizo presente que ella incide en el artículo 285 del Código Penal, disposición que sanciona al que por medios fraudulentos consiga alterar el precio natural del trabajo, géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualquiera otra cosa que fueren objeto de contratación.

Al iniciarse el estudio de esta indicación se recordó que esta enmienda tiene su origen en una propuesta que formuló el

Ministerio Público. Mediante ella se sugiere incorporar al mencionado artículo un inciso final, nuevo que señale lo siguiente:

"Las penas señaladas en el inciso precedente no se aplicarán a aquellas conductas que deban ser sancionadas con arreglo al artículo 3 bis del decreto ley Nº 211 de 1973.".

Al comenzar el estudio de esta modificación, **el Honorable Senador señor Espina** señaló que la proposición antes señalada refuerza la idea que el artículo 285 del Código Penal está vigente, disposición que en ningún caso debería ser derogada, pues ella permite los actuales encausamientos criminales por las causas de colusión.

Por su parte, **el Honorable Senador señor Larraín** indicó que, más bien, el propósito de la norma es establecer una suerte de supletoriedad de las sanciones que determina el citado artículo 285 y el nuevo artículo 3º bis que incorpora esta iniciativa.

Por el contrario, **el Honorable Senador señor Harboe** indicó que nunca se ha considerado la idea de exculpar por el mandato de la ley a las personas que en la actualidad están siendo encausadas criminalmente por infracción a la libre competencia, y que no es correcto asumir que la formulación original del decreto ley Nº 211 derogó tácitamente el artículo 285 del Código Penal, pues en el último año nuestros tribunales se han pronunciado sobre casos relevantes para la norma, reconociendo su vigencia.

Indicó que el problema que plantea esta modificación es más complejo que lo que anteriormente puntualizó el Honorable Senador señor Espina. Explicó que el punto está en que el actual artículo 285 tipifica algunas formas de carteles -los que provocan la alteración del precio natural del trabajo y otros bienes similares-, establece una pena mucho menor a la que se considera en el artículo 3º bis, nuevo; y sobre todo, somete el asunto al régimen general de acción penal pública, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 83 de la Carta Fundamental está en manos del Ministerio Público. Señaló que lo anterior genera problemas evidentes con la norma penal que este proyecto pretende incorporar, porque en primer término permite que la acción penal para perseguir algunos carteles dependa de la decisión de la Fiscalía Nacional Económica, pero en otros el asunto se pueda iniciar directamente por el Ministerio Público. Puntualizó que lo más grave es que termina sancionando al cartel en dos normas distintas que asignan magnitudes de pena diametralmente diferentes, por lo que el imputado afectado, alegando el principio pro reo, legítimamente podrá solicitar que se le aplicara la pena más baja, lo que dejaría en letra muerta todo lo que acá se ha avanzado.

En razón de lo anterior, propuso derogar los artículos 285 y 286 -referido este último a los carteles de bienes de primera necesidad-, e introducir una norma transitoria que establezca que esa derogación valdrá desde la entrada en vigencia de la ley al futuro, y los hechos delictivos tipificados en esas disposiciones, cuyo principio de ejecución se verifique con anterioridad a esa fecha, se juzgarán por lo que señalan los referidos artículos, cuya vigencia subsistirá para esos efectos. Agregó que esta misma fórmula se utilizó en el artículo decimosegundo transitorio de la nueva Ley de insolvencia y reemprendimiento, que estableció en el Código Penal un título nuevo relativo a los delitos vinculados a la insolvencia, derogó las figuras de quiebra dolosa y culposa que contenía la anterior ley de quiebras, pero las dejó vigentes para sancionar los actos típicos relativos que ahí se encuadren y que se hayan verificado con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo estatuto. Indicó que el Tribunal Constitucional validó esta fórmula, al desechar un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que pretendió atacar al artículo decimosegundo transitorio ya citado.

Por su parte, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor De Urresti,** consultó a los representantes del Ministerio Público si la derogación de los artículo 285 y 286 despenaliza para el futuro hipótesis que no están contempladas en el nuevo artículo 3º bis y que sean relevantes para la persecución penal.

Al respecto, **el Director de ULDECCO, el abogado señor Mauricio Fernández**, señaló que esas disposiciones sancionan cuestiones más amplias que los acuerdos colusorios. Con todo, observó que buena parte de ese efecto queda paleado si se incorpora una norma transitoria que deje subsistente esas disposiciones para hechos cometidos con anterioridad a la vigencia de esta futura ley, pues el asunto deja de ser relevante para los juicios actualmente en curso.

Asimismo, el Ministerio Público puntualizó que reformar el artículo 285, en sí mismo, más que solucionar el problema podría abrir nuevos conflictos a nivel interpretativo, puntualizó que lo más seguro sería derogar para el futuro tanto el artículo 285 como el artículo 286 (ya que éste último se encuentra intrínsecamente relacionado con el primero) a través de una norma transitoria que asegure la aplicabilidad de ambas disposiciones a los procesos ya iniciados.

Igualmente, precisó que esta propuesta se basa en la distinción entre reglas de vigencia y aplicabilidad recogida por el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia de fecha 1 de octubre de 2015, Rol N° 2.673-14 INA, en que rechazó un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad impetrado en contra del artículo duodécimo transitorio de la ley N° 20.720, el cual otorgaba “preteractividad” a los delitos de la derogada ley N° 18.175, más conocida como ley de quiebras.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, propusieron derogar los artículos 285 y 286 del Código Penal y agregar una norma transitoria que consagre la preteractividad de ambas disposiciones.

En definitiva, el Presidente de la Comisión propuso reemplazar el artículo 3º propuesto en la indicación por otro que deroga los artículos 285 y 286 del Código Penal, e incorporar un artículo transitorio, nuevo, del siguiente tenor:

"Artículo transitorio. Las disposiciones penales contempladas en la presente ley sólo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia. No obstante lo dispuesto en el artículo 3° de esta ley, los artículos 285 y 286 del Código Penal continuarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y cuya ejecución haya comenzado con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley. ".

La Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señores De Urresti, Espina, Harboe, y Larraín, aprobó la proposición del Presidente.

-.-.-

MODIFICACIONES

En conformidad a los acuerdos adoptados precedentemente, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene el honor de proponer las siguientes modificaciones al proyecto aprobado en general:

Artículo 1°

Sustituirlo por el siguiente:

“Artículo 1º. Introdúcense las siguientes modificaciones al decreto con fuerza de ley Nº 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley Nº 211, de 1973.

1. Agrégase, a continuación del artículo 3°, el siguiente artículo 3° bis, nuevo:

“Artículo 3º bis. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo anterior, el que celebre o ejecute acuerdos con uno o más de sus competidores para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o

repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, y órganos públicos; u ordene celebrarlos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Asimismo, será castigado con la inhabilitación absoluta temporal, en su grado máximo, para ejercer el cargo de director, gerente o administrador de una sociedad mercantil, y el cargo de director en una asociación gremial o profesional.

Para fijar la sanción aplicable, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal ni las reglas especiales de determinación de las penas establecidas en otras leyes. En su lugar, determinará su cuantía dentro de los límites señalados en los incisos anteriores, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. En consecuencia, el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al delito, salvo lo dispuesto en los artículos 51 a 54, y 103 del Código Penal.

Será aplicable lo previsto en la ley Nº 18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere sancionado.

Él o los acusados que no se encuentren en la situación descrita en el artículo 39 ter, y que hayan cooperado sustancialmente con la investigación, se les rebajará en un grado la pena determinada según lo que dispone el inciso tercero.

Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero deberán ser iniciadas previa denuncia o querella formulada por la Fiscalía Nacional Económica.

La presentación de la denuncia o la interposición de la querella no inhibirá al Tribunal de Defensa la Libre Competencia para conocer o continuar conociendo y fallar las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley.

En los casos en que el Fiscal Nacional Económico haya resuelto formular denuncia o querella ante el Ministerio Público por los hechos sancionados en este artículo, deberá informar en el mismo acto al órgano persecutor la circunstancia de haber obtenido autorización judicial para realizar una o más de las medidas a que se refieren los numerales 1 a 4 del literal n) del artículo 39, así como el hecho de haber realizado o no dichas

diligencias o de encontrarse éstas pendientes o en ejecución, debiendo remitir, a requerimiento del Ministerio Público, conjuntamente con la copia del expediente administrativo, copia de los registros y antecedentes obtenidos a partir de dichas actuaciones, para su utilización en el proceso penal.

Para los efectos de su incorporación al proceso penal, no se aplicará lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal a las copias de los registros y antecedentes que hayan sido recabados por la Fiscalía Nacional Económica, a partir de diligencias realizadas con autorización de un Ministro de Corte de Apelaciones.

Será competente para conocer de este delito el tribunal del lugar donde se celebraron o ejecutaron los acuerdos contrarios a la libre competencia. En caso de haber más de un tribunal competente se aplicará la regla establecida en el artículo 112 del Código Orgánico de Tribunales**.(Unanimidad. 4 x 0)**

2. Introdúcense las siguientes modificaciones al artículo 20:

a) Sustitúyense los incisos tercero y cuarto por los siguientes:

“Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de tres años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan.

Sin perjuicio de lo anterior, las acciones para perseguir las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° y en el artículo 3° bis prescribirán en el plazo de cinco años, y el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción.

Interpuesta ante el Tribunal de Defensa la Libre Competencia una demanda por algún particular o un requerimiento por Fiscal Nacional Económico se interrumpirá la prescripción de las acciones administrativas o penales a que den lugar las infracciones a la presente ley.” **(Unanimidad 4 x 0).**

b) Suprímese el inciso final. **(Unanimidad 4 x 0)**.

3. Incorpóranse las siguientes modificaciones al artículo 26°:

a) Reemplázase, en la letra c) del inciso segundo, la oración “Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales y, en el caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3°, hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales.”, por la siguiente: “Aplicar multas de hasta dos veces el beneficio económico obtenido por el infractor, cuando aquel puede ser determinado por el Tribunal. En caso contrario, ella corresponderá al treinta por ciento de las ventas del infractor en el período durante el cual haya perdurado su conducta ilícita. En el caso de las conductas señaladas en la letra a) del artículo 3° y en el artículo 3º bis, la multa será de hasta tres veces el monto del beneficio económico obtenido por el infractor. Si aquel no puede ser determinado por el tribunal, ella corresponderá al cuarenta por ciento de las ventas del infractor, en el período indicado precedentemente.”. **(Unanimidad 4 x 0).**

b) Incorporar una letra d), nueva, del siguiente tenor:

“d) En el caso de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3º y en el artículo 3º bis, se podrá imponer, además, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos públicos o empresas públicas creadas por ley, empresas del Estado y las sociedades en que éste tenga aporte, participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, cualquiera sea el estatuto por el que se rijan, hasta por el plazo de cinco años contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada. Para adoptar esta decisión, el tribunal deberá considerar los elementos establecidos en el párrafo final de la letra c). Esta sanción se podrá imponer a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización de tales conductas.”. **(Unanimidad. 4 x 0).**

c) Introducir el siguiente inciso final, nuevo:

“La aplicación de las sanciones establecidas en este artículo serán compatibles con la aplicación de las penas consignadas en el artículo 3 bis y con la determinación de la indemnización de perjuicios que prevé el artículo 30.” **(Unanimidad 4 x 0).**

4. Introdúcense las siguientes modificaciones al artículo 30°:

a) Reemplázase su inciso primero por el siguiente:

“Artículo 30. La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar, con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá individual, plural o colectivamente ante el juez de letras con

competencia en lo civil del domicilio principal en Chile del infractor. La cuantía de la indemnización que podrá percibir cada demandante equivaldrá a sus perjuicios patrimoniales directos, los que se presume que alcanzan el cuarenta por ciento del precio efectivamente pagado. Ella se tramitará de acuerdo a las reglas del Libro III del Título XI del Código de Procedimiento Civil. Tratándose de acciones de carácter colectivo, será además aplicable el párrafo segundo del título IV de la ley Nº 19.496, relativo a Procedimiento Especial para Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores, en lo que corresponda. La acción de indemnización prescribirá en el término de cinco años a contar de la perpetración del acto que dio lugar a los perjuicios, y se interrumpirá desde la interposición del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20, hasta que la sentencia definitiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia esté firme o ejecutoriada." **(Unanimidad. 4 x 0).**

b) Agrégase el siguiente inciso final, nuevo:

"Asimismo, las personas y empresas competidoras de aquellas personas o empresas que hayan participado, según el fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en las conductas descritas en el artículo 3°, podrán interponer la acción de indemnización de perjuicios prevista en la letra d) del artículo 5º de la ley Nº 20.169. La prescripción de esta acción se interrumpirá desde la interposición del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, de conformidad a lo prescrito en el inciso segundo del artículo 20, hasta que la sentencia definitiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia esté firme o ejecutoriada. En lo demás, esta acción se regirá por lo dispuesto en la ley N° 20.169.". **(Unanimidad. 4 x 0).**

5. Introdúcese, a continuación del artículo 39 bis, un artículo 39 ter, nuevo, del siguiente tenor:

"Artículo 39 ter. El que ejecutare algunas de las conductas descritas en el artículo 3º bis quedará exento de responsabilidad penal cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica, antecedentes que conduzcan a la acreditación de dichas conductas y a la determinación de sus responsables.

Para acceder a este beneficio, el ejecutor de la conducta deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1. Los establecidos en los incisos segundo y tercero del artículo 39 bis. El cumplimiento de estas condiciones será determinada a juicio exclusivo por el Fiscal Nacional Económico, mediante una resolución fundada.

2. Proporcionar al Ministerio Público y al tribunal competente los mismos antecedentes que previamente entregó a la Fiscalía Nacional Económica, prestando para ello declaración en calidad de testigo en la primera oportunidad en la que sea citado a declarar por el Fiscal encargado de la investigación a que haya dado origen la denuncia o querella presentada por la Fiscalía Nacional Económica.

Quien intente acogerse a los beneficios de este artículo presentando, a sabiendas, antecedentes falsos o fraudulentos, no gozará de la exención de responsabilidad penal que establece este artículo y será castigado por esta conducta con la pena de presidio menor en su grado máximo. Esta sanción se acumulará materialmente a la que corresponda según lo dispuesto en el artículo 3º bis.

La exención de responsabilidad penal establecida en este artículo no impedirá perseguir la responsabilidad civil y administrativa derivada de este ilícito.”. **(Unanimidad 4 x 0).**

-.-.-

A continuación del artículo 2°, agregar un artículo 3° y una disposición transitoria, nueva:

Artículo 3°. Deróganse los artículos 285 y 286 del Código Penal. **(Unanimidad 4 x 0).**

Artículo transitorio. Las disposiciones penales contempladas en la presente ley solo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia. No obstante lo dispuesto en el artículo 3° de esta ley, los artículos 285 y 286 del Código Penal continuarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y cuya ejecución haya comenzado con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley. **(Unanimidad 4 x 0).**

-.-.-

TEXTO DEL PROYECTO

En virtud de la modificación anterior, el proyecto de ley queda como sigue:

“Artículo 1°. Introdúcense las siguientes modificaciones en el decreto con fuerza de ley Nº 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley Nº 211, de 1973:

1. Agrégase, a continuación del artículo 3°, el siguiente artículo 3° bis, nuevo:

"Artículo 3º bis. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo anterior, el que celebre o ejecute acuerdos con uno o más de sus competidores para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, y órganos públicos; u ordene celebrarlos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Asimismo, será castigado con la inhabilitación absoluta temporal, en su grado máximo, para ejercer el cargo de director, gerente o administrador de una sociedad mercantil, y el cargo de director en una asociación gremial o profesional.

Para fijar la sanción aplicable, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal ni las reglas especiales de determinación de las penas establecidas en otras leyes. En su lugar, determinará su cuantía dentro de los límites señalados en los incisos anteriores, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. En consecuencia, el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al delito, salvo lo dispuesto en los artículos 51 a 54, y 103 del Código Penal.

Será aplicable lo previsto en la ley Nº 18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere sancionado.

Él o los acusados que no se encuentren en la situación descrita en el artículo 39 ter, y que hayan cooperado sustancialmente con la investigación, se les rebajará en un grado la pena determinada según lo que dispone el inciso tercero.

Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero deberán ser iniciadas previa denuncia o querella formulada por la Fiscalía Nacional Económica.

La presentación de la denuncia o la interposición de la querella no inhibirá al Tribunal de Defensa la Libre Competencia para conocer o continuar conociendo y fallar las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley.

En los casos en que el Fiscal Nacional Económico haya resuelto formular denuncia o querella ante el Ministerio Público por los hechos sancionados en este artículo, deberá informar en el mismo acto al órgano persecutor la circunstancia de haber obtenido autorización judicial para realizar una o más de las medidas a que se refieren los numerales 1 a 4 del literal n) del artículo 39, así como el hecho de haber realizado o no dichas diligencias o de encontrarse éstas pendientes o en ejecución, debiendo remitir, a requerimiento del Ministerio Público, conjuntamente con la copia del expediente administrativo, copia de los registros y antecedentes obtenidos a partir de dichas actuaciones, para su utilización en el proceso penal.

Para los efectos de su incorporación al proceso penal, no se aplicará lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal a las copias de los registros y antecedentes que hayan sido recabados por la Fiscalía Nacional Económica, a partir de diligencias realizadas con autorización de un Ministro de Corte de Apelaciones.

Será competente para conocer de este delito el tribunal del lugar donde se celebraron o ejecutaron los acuerdos contrarios a la libre competencia. En caso de haber más de un tribunal competente se aplicará la regla establecida en el artículo 112 del Código Orgánico de Tribunales.

2. Introdúcense las siguientes modificaciones al artículo 20:

a) Sustitúyense los incisos tercero y cuarto por los siguientes:

“Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de tres años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan.

Sin perjuicio de lo anterior, las acciones para perseguir las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° y en el artículo 3° bis prescribirán en el plazo de cinco años, y el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción.

Interpuesta ante el Tribunal de Defensa la Libre Competencia una demanda por algún particular o un requerimiento por Fiscal Nacional Económico se interrumpirá la prescripción de las acciones administrativas o penales a que den lugar las infracciones a la presente ley.”.

b) Suprímese el inciso final.

3.- Incorpóranse las siguientes modificaciones al artículo 26°:

a) Reemplázase, en la letra c) del inciso segundo, la oración “Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales y, en el caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3°, hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales.”, por la siguiente: “Aplicar multas de hasta dos veces el beneficio económico obtenido por el infractor, cuando aquel puede ser determinado por el Tribunal. En caso contrario, ella corresponderá al treinta por ciento de las ventas del infractor en el período durante el cual haya perdurado su conducta ilícita. En el caso de las conductas señaladas en la letra a) del artículo 3° y en el artículo 3º bis, la multa será de hasta tres veces el monto del beneficio económico obtenido por el infractor. Si aquel no puede ser determinado por el tribunal, ella corresponderá al cuarenta por ciento de las ventas del infractor, en el período indicado precedentemente.”.

b) Incorporar una letra d), nueva, del siguiente tenor:

“d) En el caso de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3º y en el artículo 3º bis, se podrá imponer, además, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos públicos o empresas públicas creadas por ley, empresas del Estado y las sociedades en que éste tenga aporte, participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, cualquiera sea el estatuto por el que se rijan, hasta por el plazo de cinco años contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada. Para adoptar esta decisión, el tribunal deberá considerar los elementos establecidos en el párrafo final de la letra c). Esta sanción se podrá imponer a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización de tales conductas.”.

c) Agrégase el siguiente inciso final, nuevo:

“La aplicación de las sanciones establecidas en este artículo serán compatibles con la aplicación de las penas consignadas en el artículo 3 bis y con la determinación de la indemnización de perjuicios que prevé el artículo 30.”.

4. Introdúcense las siguientes modificaciones al artículo 30°:

a) Reemplázase el inciso primero por el siguiente:

“Artículo 30. La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar, con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá individual, plural o colectivamente ante el juez de letras con competencia en lo civil del domicilio principal en Chile del infractor. La cuantía de la indemnización que podrá percibir cada demandante equivaldrá a sus perjuicios patrimoniales directos, los que se presume que alcanzan el cuarenta por ciento del precio efectivamente pagado. Ella se tramitará de acuerdo a las reglas del Libro III del Título XI del Código de Procedimiento Civil. Tratándose de acciones de carácter colectivo, será además aplicable el párrafo segundo del título IV de la ley Nº 19.496, relativo a Procedimiento Especial para Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores, en lo que corresponda. La acción de indemnización prescribirá en el término de cinco años a contar de la perpetración del acto que dio lugar a los perjuicios, y se interrumpirá desde la interposición del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20, hasta que la sentencia definitiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia esté firme o ejecutoriada.”.

b) Agrégase el siguiente inciso final, nuevo:

“Asimismo, las personas y empresas competidoras de aquellas personas o empresas que hayan participado, según el fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en las conductas descritas en el artículo 3°, podrán interponer la acción de indemnización de perjuicios prevista en la letra d) del artículo 5º de la ley Nº 20.169. La prescripción de esta acción se interrumpirá desde la interposición del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, de conformidad a lo prescrito en el inciso segundo del artículo 20, hasta que la sentencia definitiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia esté firme o ejecutoriada. En lo demás, esta acción se regirá por lo dispuesto en la ley N° 20.169.”.

5. Introdúcese, a continuación del artículo 39 bis, un artículo 39 ter, nuevo, del siguiente tenor:

“Artículo 39 ter. El que ejecutare algunas de las conductas descritas en el artículo 3º bis quedará exento de responsabilidad penal cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica, antecedentes que conduzcan a la acreditación de dichas conductas y a la determinación de sus responsables.

Para acceder a este beneficio, el ejecutor de la conducta deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1. Los establecidos en los incisos segundo y tercero del artículo 39 bis. El cumplimiento de estas condiciones será

determinada a juicio exclusivo por el Fiscal Nacional Económico, mediante una resolución fundada.

2. Proporcionar al Ministerio Público y al tribunal competente los mismos antecedentes que previamente entregó a la Fiscalía Nacional Económica, prestando para ello declaración en calidad de testigo en la primera oportunidad en la que sea citado a declarar por el Fiscal encargado de la investigación a que haya dado origen la denuncia o querella presentada por la Fiscalía Nacional Económica.

Quien intente acogerse a los beneficios de este artículo presentando, a sabiendas, antecedentes falsos o fraudulentos, no gozará de la exención de responsabilidad penal que establece este artículo y será castigado por esta conducta con la pena de presidio menor en su grado máximo. Esta sanción se acumulará materialmente a la que corresponda según lo dispuesto en el artículo 3º bis.

La exención de responsabilidad penal establecida en este artículo no impedirá perseguir la responsabilidad civil y administrativa derivada de este ilícito.”.

Artículo 2°. Introdúcense las siguientes modificaciones al artículo 6º del Código Orgánico de Tribunales:

1. Sustitúyese, en el numeral 9°, la letra “y” y la coma (,) que le precede, por un punto aparte.

2. Reemplázase al final del numeral 10, el punto aparte por una letra “y” precedida de una coma (,).

3. Agrégase el siguiente numeral 11, nuevo:

“11. Los sancionados en el artículo 3º bis del decreto con fuerza de ley Nº 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley Nº 211, de 1973, cuando atenten contra la libre competencia en los mercados chilenos.”.”.

Artículo 3°. Deróganse los artículos 285 y 286 del Código Penal.

Artículo transitorio. Las disposiciones penales contempladas en la presente ley sólo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia. No obstante lo dispuesto en el artículo 3° de esta ley, los artículos 285 y 286 del Código Penal continuarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos

contemplados en sus disposiciones y cuya ejecución haya comenzado con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley.”.

.-.-.-.-

Acordado en sesiones celebradas el día 27 de octubre del 2010, con la asistencia de los Honorables Senadores señora Soledad Alvear Valenzuela (Presidenta) y señores Alberto Espina Otero, Hernán Larraín Fernández y Patricio Walker Prieto; los días 10 y 24 de septiembre, 1 de octubre y 19 de noviembre, todas del 2014, y 31 de marzo, 7 de abril y 9 de noviembre, todas del 2015, con la asistencia de los Honorables Senadores señores Alfonso De Urresti Longton (Presidente), Pedro Araya Guerrero, Alberto Espina Otero, Felipe Harboe Bascuñán (Presidente) y Hernán Larraín Fernández.

Sala de la Comisión, a 12 de noviembre de 2015.

RODRIGO PINEDA GARFIAS
Secretario

RESUMEN EJECUTIVO

SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO, RECAÍDO EN EL PROYECTO DE

(Boletín Nº 6.454-07)

I. OBJETIVO DEL PROYECTO PROPUESTO POR LA COMISIÓN: Sancionar penalmente a quienes ejecutan determinadas conductas que atentan contra la libre competencia, elevar las multas administrativas que se aplican en caso de colusión y mejorar los mecanismos para perseguir la responsabilidad civil de quienes cometen de estos ilícitos.

II. ACUERDOS:

- Indicación N° 1: aprobarla, con modificaciones. (4x0).
- Indicación N° 1 A: rechazarla. (4x0).
- Indicación N° 2: rechazarla (4x0)
- Indicación N° 3: rechazarla. (4x0)
- Indicación N° 3 A: rechazarla. (4x0)
- Indicación N° 4: rechazarla. (4x0)
- Indicación N° 4 A: rechazarla. (4x0)
- Indicación N° 5: rechazarla. (4x0).
- Indicación N° 5: rechazarla. (4x0).
- Indicación N° 6: rechazarla. (4x0).
- Indicación N° 7: rechazarla. (4x0).
- Indicación N° 8: rechazarla. (4x0).
- Indicación N° 9: rechazarla. (4x0).
- Indicación N° 10: rechazarla. (4x0).
- Indicación N° 11: rechazarla. (4x0).
- Indicación N° 12: rechazarla. (4x0).
- Indicación N° 13: rechazarla. (4x0).
- Indicación N° 13 A: rechazarla. (4x0).
- Indicación N° 14: rechazarla. (4x0).

III. ESTRUCTURA DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN: El proyecto consta de tres artículos permanentes y una disposición transitoria.

IV. NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL: Cabe dejar constancia que los incisos 7° y final del nuevo artículo 3º bis, el inciso primero del artículo 30, todos considerados en el artículo 1°, y el artículo 2º de esta iniciativa, tienen rango de norma orgánica constitucional, pues dicen relación con las atribuciones de los tribunales de justicia y, en consecuencia, deben ser aprobados por las cuatro séptimas partes de los Senadores en ejercicio, en

virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 77, en relación con el inciso segundo del artículo 66, ambos de la Constitución Política de la República.

V. URGENCIA: no tiene.

VI. ORIGEN E INICIATIVA: Moción de los Honorables Senadores Honorables Senadores señores Espina, García Ruminot y Horvath, y los ex Senadores señores Cantero y Chadwick.

VII. TRÁMITE CONSTITUCIONAL: primero

VIII. INICIO TRAMITACIÓN EN EL SENADO: 8 de abril de 2009.

IX. TRÁMITE REGLAMENTARIO: segundo informe.

X. LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:

1.- Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley Nº 211, de 1973. Este cuerpo legal tiene por objeto promover y defender la libre competencia de los mercados y sancionar los atentados en su contra. Además, consagra y regula el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Fiscalía Nacional Económica.

2.- Código Penal.

3.- Código Procesal Penal.

4.- Código Orgánico de Tribunales

5.- Ley Nº 20.169, que regula la competencia desleal.

Sala de la Comisión, a 12 de noviembre de 2015.

Rodrigo Pineda Garfias
Secretario

ÍNDICE

	Página
Constancias reglamentarias	2
Consideraciones preliminares	3
Discusión en particular	71
Modificaciones	103
Texto del proyecto de ley	108
Resumen ejecutivo	116
Anexos	117

- - -

ANEXOS

MINISTERIO DE JUSTICIA

Ministerio de
Justicia

[redacted]
División Jurídica
Departamento de Asesoría y Estudios

ORD. N° 9552 /

ANT.: Oficio CL/421/2014 de fecha 10.10.2014.

MAT.: Respuesta a la solicitud que indica.

SANTIAGO, 06 NOV 2014

DE : JOSÉ ANTONIO GÓMEZ URRUTIA
MINISTRO DE JUSTICIA

A : SR. RODRIGO PINEDA GARFIAS
ABOGADO SECRETARIO SENADO DE CHILE

Junto con saludar cordialmente, por medio del presente, me dirijo a usted con el objeto de informar que hemos recibido el Oficio en el que se informa del proyecto de ley que sanciona penalmente la colusión, boletín Nº 6454 – 07, aprobado en general en el Senado, para que esta cartera de Estado se pronuncie sobre esta iniciativa legislativa y formule las observaciones pertinentes que se consideren necesarias para perfeccionar el proyecto y evitar duplicidades de esfuerzos legislativos que entorpezcan la regulación del asunto.

Al respecto, junto con agradecer la remisión de la propuesta legislativa, que aborda un asunto relevante para el buen funcionamiento de la libre competencia económica del país y la protección de los consumidores, este Ministerio quiere destacar que el Programa de Gobierno de la Presidente Michelle Bachelet indica que se evaluará la inclusión de un tipo penal explícito para carteles más gravosos para los mercados, que sancione los acuerdos entre competidores que les confieran poder de mercado (p. 61). En ese contexto, adicionalmente, remarca que en el ámbito del Derecho Penal, se impulsará una revisión integral de la legislación penal vigente, sin perjuicio de lo cual nos haremos cargo de reformas urgentes, especialmente en el ámbito de los delitos económicos, frente a la premisa de superar el paradigma de una legislación anclada en una visión clasista y estereotipada de la delincuencia. La sanción penal de la colusión constituye un claro ejemplo en esa línea (p. 109).

Bajo tal presupuesto, este Ministerio presentó el pasado 24 de septiembre de 2014 a los profesores de derecho penal que integrarán la Comisión que elaborará el nuevo Código Penal, proyecto que debería iniciar su discusión en el Congreso Nacional el año 2015 y que tendrá a la vista como insumos las experiencias previas de

anteproyectos de nuevo Código Penal de los años 2005 y 2013. Así, en esta instancia, se espera discutir, revisar y actualizar las figuras penales actuales, a fin de englobar, bajo razones de sistematicidad, racionalidad y coherencia, todas las aristas previstas en el programa de gobierno, concernientes al mejoramiento del castigo a los hechos punibles, sin perjuicio de otras figuras, nuevas o especiales, que sea necesario considerar. Entre ellas se encuentra, precisamente, la sanción penal de la colusión, materia sobre la cual versa el proyecto de ley remitido a esta cartera de Estado.

Al respecto, cabe decir que los plazos que se han fijado para obtener el texto solicitado son razonablemente acotados y perentorios, de modo tal que se logre la premura suficiente para que la nueva forma de organizar la reacción penal se ocupe de los diversos hechos delictivos que requieren atención inmediata, a fin de poder lograr un funcionamiento óptimo, en su conjunto, del sistema penal y procesal penal, cuestión que la sociedad chilena requiere con urgencia.

Esperamos que todas estas consideraciones e informaciones sean suficientes para sus propósitos.

Sin otro particular, saluda atentamente a usted,



JOSÉ ANTONIO GÓMEZ URRUTIA
MINISTRO DE JUSTICIA

PVRM/TH/ECH/
Distribución:
- Destinatario.
- Gabinete Ministro.
- Gabinete Subsecretario.
- Sección Partes, Archivos y Transcripciones.

FISCALIA NACIONAL, MINISTERIO PÚBLICO

FISCALIA

OFICIO FN Nº 698/2014

MAT: Opinión en relación con el contenido actual del proyecto de ley N° 6454-07 que sanciona penalmente la colusión.

SANTIAGO, 22 de Septiembre de 2014

DE: SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO
SABAS CHAHUÁN SARRÁS

A: H. SR. PRESIDENTE DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL H. SENADO.
FELIPE HARBOE BASCUÑÁN

I. Antecedentes.

Con fecha 8 de abril de 2009, los H. Senadores Espina, Cantero, Chadwick, García y Horvath, ingresaron un proyecto de ley (Boletín N°6454-07) destinado a sancionar penalmente la colusión de precios mediante la inclusión de un artículo 3° bis en el DL 211 que así lo establece, abogando además por el establecimiento de una competencia extraterritorial para la persecución de este ilícito, mediante la modificación del artículo 20 del mismo decreto y la inclusión de un nuevo numeral en el artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales.

En relación con su contenido, **este Fiscal Nacional remitió a vuestra Honorable Comisión, con fecha 30 de abril de 2009, Oficio FN N°249-2009**, mediante el cual formuló una serie de observaciones de carácter sustantivo y procesal a dicho Proyecto, que fundamentalmente valorando, en primer término, de forma muy positiva la inclusión de un nuevo tipo penal que sancionara la colusión, considerando lo lesivas que pueden resultar estas conductas para el sano y libre funcionamiento del mercado y por la indudable trascendencia que el establecimiento de una sanción penal puede tener como elemento disuasivo para la comisión de las mismas, sin perjuicio de haber hecho presente también, en forma paralela, la innegable vigencia del delito establecido en el artículo 285 del Código Penal, mediante el cual resulta posible, tal como fue reconocido recientemente a través de la dictación de la sentencia condenatoria pronunciada en el mes de mayo[1] del presente año en el denominado "caso Farmacias", sancionar modalidades específicas de colusión.

En segundo lugar, en relación con la redacción del tipo penal que se proponía en el texto original de la moción, este Fiscal hizo ver a vuestra Honorable Comisión que la técnica legislativa de remisión que el referido proyecto empleaba para los efectos de precisar el núcleo del injusto, (remitiendo la conducta típica cuya sanción se proponía mediante el artículo 3° bis nuevo a la descripción de las conductas contenidas en la letra a) del artículo 3° del texto del DL actualmente vigente) no resultaba conveniente, por cuanto mediante dicha fórmula se proponía la regulación de una figura penal en términos idénticos a una administrativa, con los evidentes problemas interpretativos que ello conllevaba.

En este orden de ideas y en aras de justificar el *plus* de lesividad del que estarían revestidas ciertas conductas y que justificaría su sanción penal, en su Oficio de

---

[1] Sentencia dictada en procedimiento abreviado por el 7° Juzgado de Garantía de Santiago, con fecha 12 de mayo de 2014, en causa RUC **0900281513-0**.

FISCALIA

observaciones, el suscrito propuso que la figura penal cuya inclusión se pretende, sancione las conductas colusivas que hubieran producido la efectiva lesión del bien jurídico de tal suerte que, mientras el ilícito contemplado en el artículo 3 letra a) del DL 211 sancione conductas merecedoras tan sólo de un reproche administrativo, por consistir éstas en la ***mera adopción de acuerdos*** *expresos o tácitos entre competidores,o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización*, la figura penal sancione la ***efectiva ejecución*** de dichos acuerdos, cuando aquellos implicaran la fijación de precios de bienes de primera necesidad, así como las conductas consistentes en ordenar dicha ejecución.

En tercer término, este Fiscal Nacional hizo ver también que en relación con la sanción que el proyecto asignaba al delito, atendidas las características de los probables sujetos imputados y el amplio rango penológico que la moción parlamentaria proponía, la pena asignada al delito probablemente terminaría imponiéndose la mayoría de las veces en su grado mínimo, realidad que frustraría las expectativas que en materia de disuasión fueron tenidas a la vista por los autores de este Proyecto, razón por la cual oportunamente se propuso evaluar la posibilidad de establecer un rango de penas más estricto, en el que la pena inferior asignada al delito fuera más alta, o bien, en el que se estableciera una agravante especial para los casos en que los efectos generados por el delito hubieren ocasionado daño a los particulares.

Por otra parte, con el objeto de hacer eficaz la investigación penal de la figura cuya inclusión se proponía, las observaciones formuladas también hicieron presente a vuestra Honorable Comisión, la necesidad de incluir en el Proyecto una norma mediante la cual se dotara al Ministerio Público de facultades especiales de investigación, como la interceptación de toda clase de comunicaciones, no sólo con el objeto de permitir que tratándose de la indagación de carteles el órgano persecutor dispusiera de una herramienta de investigación reservada actualmente por el artículo 222 del Código Procesal Penal a los delitos sancionados con pena de crimen, sino que también, con el de armonizar la legislación, considerando que mediante la última reforma de que fue objeto el DL 211 en el año 2009, se concedió a la Fiscalía Nacional Económica expresamente dicha facultad, mediante la inclusión de una letra n) nueva en el artículo 39 de dicho Decreto.

Es posible constatar que las sugerencias de la Fiscalía han sido mayoritariamente recogidas por vuestra Honorable Comisión. Sin embargo, y habiendo obtenido la institución a mi cargo durante este tiempo, a propósito de las investigaciones desarrolladas por los denominados casos "Farmacias" y "Pollos", una importante experiencia en cuanto a las particularidades y dificultades que representa la persecución penal de la colusión y la coexistencia de ámbitos sancionatorios, **estimo relevante manifestar nuevamente a los miembros de vuestra Honorable Comisión,** en el contexto de la invitación que gentilmente me fue cursada por su Presidente**, la opinión del Ministerio Público en relación con el texto actual de este proyecto,** con el objeto de enfatizar y precisar, frente a ciertas indicaciones formuladas al Proyecto, algunas de las ideas representadas en su oportunidad, y que han sido sintetizadas en los párrafos anteriores.

II. Comentarios sobre el contenido actual del Proyecto.

1. En relación con el delito del artículo 3 bis nuevo, cuya inclusión se propone en el inciso primero, texto que indica:

> *Inc. 1°: Sin perjuicio de lo previsto en el artículo anterior, los que ejecutaren acuerdos expresos o tácitos celebrados entre agentes económicos, o prácticas concertadas entre ellos, mediante los cuales se fijen precios de venta o de compra de bienes o servicios de primera necesidad, se limite su producción o se asignen zonas o cuotas de mercado, o hubieren ordenado dicha ejecución, serán castigados con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y una multa a beneficio fiscal de hasta treinta mil unidades tributarias anuales.*

FISCALIA

En primer término, si bien la opinión manifestada por este Fiscal Nacional en relación con el presente proyecto, ha consistido primordialmente, como se señaló, en valorar positivamente la idea de potenciar la sanción penal de la colusión; frente a la existencia de diferentes proyectos de Ley que desde el año 2009 han sido presentados al Parlamento con la misma finalidad proponiendo distintos modelos, y sin perjuicio de la colaboración técnica que la institución a mi cargo ha prestado y continuará prestando a vuestra Honorable Comisión en la tramitación de esta iniciativa parlamentaria, resulta de todas maneras importante señalar que **desde el punto de vista de la técnica legislativa, podría resultar inconveniente que el tipo penal propuesto en este Proyecto fuera regulado al interior de una normativa extrapenal**, como es el DL 211, **y no al interior del Código del ramo**, tal como ha sido la tradición de nuestro sistema penal, y que entre muchas otras bondades, facilita el conocimiento de la figura por parte de los operadores y la integración sistemática de la misma al resto del derecho penal.

Lo anterior es **coincidente con algunas de las indicaciones** que a la fecha han sido formuladas por H. Senadores en relación con el artículo 1° de este Proyecto, cuya votación se encuentra aún pendiente ante vuestra Comisión.

En segundo término, tal como se señaló en la parte introductoria de este Oficio, la **relevancia de reservar la sanción penal vía DL 211 a las conductas de ejecución de carteles, excluyendo de su ámbito de aplicación las de mera celebración de acuerdos colusorios**, no sólo radica en que de esta forma se estaría respetando el principio de *ultima ratio* del derecho penal, al sancionarse penalmente sólo aquellas conductas dotadas de mayor lesividad, sino que además, en que de esta forma probablemente se dará solución a una serie de problemáticas que plantea la coexistencia actual y futura en el sistema chileno sancionatorio, de un *modelo dual* que permite sancionar la colusión tanto administrativa como penalmente, y que se vinculan con situaciones de eventual duplicidad de incriminaciones y sanciones, en que se alega la aparente vulneración del denominado principio non *bis in idem*.

En razón de lo anterior, y debiendo reconocerse como se dijo, la **vigencia actual** de la figura de adulteración fraudulenta de precios contemplada en el **artículo 285 del Código Penal** y su aptitud para sancionar ciertas formas de colusión, este Fiscal Nacional planteó la conveniencia que el proyecto incluyera alguna modificación al mencionado artículo del Código o bien alguna **norma que armonizara su coexistencia**, con el objeto de solucionar anticipadamente los problemas interpretativos que pudieran derivarse de la circunstancia de contar, tras la inclusión de la figura penal que se pretende en el DL 211, con dos tipos penales mediante los cuales pueda sancionarse la ejecución de acuerdos que permitan alterar de forma fraudulenta los precios naturales del mercado.

En este orden de cosas, si bien ha sido la propia doctrina la que frente a este tipo de situaciones que describe como "concurso aparente de leyes penales"[2], ha dado ciertos principios sobre la base de los cuales es posible solucionar estos problemas interpretativos; principios que en este caso (especialidad y consunción) llevarían a resolver este concurso en beneficio del nuevo tipo penal, atendida la especificidad de la conducta propuesta en el artículo 3° bis nuevo frente a la amplitud de los medios fraudulentos sancionados por el delito común y la mayor pena que esta nueva figura tendría en relación con la sanción prevista en el artículo 285; de todas formas **se considera necesario armonizar debidamente la legislación**.

Lo anterior, en términos tales que, por ejemplo, el proyecto incluya una norma mediante la cual se modifique el texto del mencionado artículo 285, incorporando un inciso segundo nuevo que indique: *"Las penas señaladas en el inciso precedente no se aplicarán a aquellas conductas que deban ser sancionadas con arreglo al artículo 3 bis del DL 211"*.

---

[2]*Según señala Enrique Cury, hay concurso aparente de leyes penales cuando un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos diversos, pero, en definitiva, sólo será regulado por uno de ellos, en tanto que los demás resultarán desplazados por causas lógicas o valorativas.*

FISCALIA

Adicionalmente, con el objeto de dotar de mayor autonomía a la nueva figura penal y evitar también posibles alegaciones de vulneración del referido principio *non bis in idem*, resulta importante la amplitud con que, al tenor de la propuesta formulada por este Fiscal Nacional, el Proyecto estructuró la figura en relación con la descripción del sujeto activo del delito, por cuanto gracias a su actual redacción, **mediante esta figura no sólo sería posible sancionar penalmente al que ejecute acuerdos o prácticas colusorias, sino que también, a aquél que las hubiere ordenado,** de manera tal de permitir que no sólo los mandos medios o incluso las planas gerenciales operativas puedan ser sujetos del reproche penal, sino que también los miembros de los órganos directivos, y sin que los operadores del sistema deban recurrir para su imputación a la denominada construcción doctrinaria de la "autoría mediata", que muchas dificultades suele plantear en la práctica.

Finalmente, en cuanto a la pena asignada al delito en el actual texto del Proyecto, creemos necesario insistir, sobre la base de las mismas razones ya esgrimidas y al tenor de alguna de las **indicaciones** formuladas por H. Senadores, en la conveniencia de establecer un rango de penas más estricto, en el que **la pena inferior asignada al delito** sea más alta, impidiendo o restringiendo fuertemente el que los imputados puedan, por ejemplo, acceder a la salida alternativa de la suspensión condicional del procedimiento, o bien, en el que se estableciera una agravante especial para los casos en que los efectos generados por el delito hubieren ocasionado daño a los consumidores, con el objeto de dotar así a la pretendida modificación de los reales efectos disuasivos buscados en el proyecto.

Se estima también necesario llamar la atención de vuestra Honorable Comisión, en relación con el **monto de la pena de multa** que se establece en la actual redacción del Proyecto; multa que es la más alta que existe en nuestra legislación, y que entendemos fue propuesta a semejanza de la multa que el artículo 26 letra c) del DL 211 prevé para el ilícito administrativo colusorio establecido en el artículo 3º letra a) del mismo decreto.

En relación con ello, resulta importante hacer presente a Usted, que la experiencia parece indicar que el establecimiento de penas extremadamente altas en materia de delitos económicos, sean estas privativas de libertad o pecuniarias, produce un efecto "disuasivo" en los jueces penales a la hora de resolver el asunto sometido a su conocimiento, ya que en ocasiones la gravedad de dichas penas son percibidas por los mismos tribunales como un obstáculo para pronunciar un veredicto condenatorio, o bien, conducen a que los jueces terminen aplicando las multas en su mínimo o incluso, atendidas las circunstancias, en un monto inferior al señalado por la ley, en uso de la facultad prevista en el artículo 70 del Código Penal.

Por este motivo, y considerando que el plus de la amenaza de la sanción penal versus la sanción del ilícito administrativo, se encuentra fundamentalmente en la posibilidad de imponer una pena privativa de libertad, este Fiscal Nacional considera que podría resultar más efectivo **moderar el límite máximo de la multa** que como pena conjunta se establece para este delito, sin perjuicio de agregar alguna norma especial que permita su graduación atendiendo a factores propios del ilícito colusivo, en la lógica que por ejemplo se establece el inciso final del artículo 26 del DL 211, de acuerdo con el cual *"Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor..."*..

2. En relación con la naturaleza de la acción penal del delito, establecida en el inciso tercero del artículo 3 bis nuevo, disposición que señala:

> *Inc. 3º: Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero, sólo podrán ser iniciadas por el Ministerio Público previa denuncia o querella de la Fiscalía Nacional Económica.* Habiéndose iniciado con anterioridad una investigación administrativa por los mismos hechos, el Fiscal Nacional Económico se declarará incompetente para seguir conociendo el asunto en cuanto se haga constar en el proceso respectivo el hecho de haberse acogido a tramitación la querella o efectuado la denuncia, sin perjuicio de poder continuar la investigación

FISCALIA

de aquellos hechos que involucrando a los mismos agentes económicos, constituyan otro tipo de atentado en contra de la libre competencia.

En cuanto a la naturaleza de la acción penal que debiera reconocerse a este nuevo delito, la opinión manifestada en representación de este Fiscal Nacional durante la tramitación del proyecto, consignada en el informe de esta Honorable Comisión, fue la de abogar por el establecimiento de un delito de acción penal pública previa instancia de particular, o en otras palabras, de acción mixta, de tal suerte que sólo a instancias del Fiscal Nacional Económico, y como resultado del ejercicio discrecional de sus facultades legales, pudiera iniciarse un proceso penal por este delito y proceder a ser investigado por el Ministerio Público; transcurridos más de 4 años desde que fuera manifestada esta opinión, y teniendo especialmente presente la realidad de lo acaecido en estas materias, se estima que **de regularse un tipo penal especial de colusión, su eficacia dependería en gran medida de que el mismo fuera establecido como un delito de acción penal pública.**

En efecto, habiéndose adquirido durante estos años una importante experiencia institucional en torno a las dificultades y desafíos que plantea la persecución penal de la colusión, así como acerca de la compleja relación que en este ámbito se desarrolla entre el Ministerio Público y la Fiscalía Nacional Económica, organismo para el cual, tal como lo señaló el propio Fiscal Nacional Económico ante vuestra Honorable Comisión, la amenaza de persecución penal impide en su concepto que la delación compensada funcione eficazmente como herramienta de denuncia de los carteles, constituyendo una seria traba para el funcionamiento del sistema diseñado por el legislador económico del año 2009, resulta aparentemente claro que **el establecimiento de una figura de acción penal previa instancia de particular, que entregara a dicho organismo la iniciativa de la persecución penal, transformaría a esta regulación en un derecho penal simbólico**, en la medida que la forma más eficiente que el Fiscal Nacional Económico tendría para los efectos de eliminar el supuesto impedimento que señala al mecanismo de la delación compensada, sería justamente **no ejercer las acciones penales** que de manera ***monopólica*** el ordenamiento jurídico le estaría confiando.

A mayor abundamiento, un diseño como el hasta ahora aprobado, provocaría que el Ministerio Público iniciara su investigación tiempo después que la Fiscalía Nacional Económica hubiera iniciado su investigación administrativa, por ende, en esa instancia probablemente ya no quedarán antecedentes que recabar o incautar, y es un hecho irrefragable que la prueba documental tiene una importancia capital para la prueba de este delito.

Notable demostración de lo anterior constituye el hecho que la sentencia dictada por el Tribunal de la Libre Competencia en el caso Farmacias consideró como antecedente crucial uno de los correos electrónicos que el Ministerio Público logró incautar, evidencia que fue entregada sin mayor dilación y con claro espíritu colaborador a la Fiscalía Nacional Económica.

Siempre en este orden de ideas, la carencia de normas que permitan hacer dialogar los procesos administrativos y penales, en términos que no se cuestione la legalidad en sede criminal de las probanzas obtenidas por un órgano administrativo bajo estándares o modelos jurídicos distintos al procesal penal, impide que un diseño como el hasta ahora aprobado posea real eficacia.

Si bien este Fiscal Nacional comparte la visión de que el sistema penal debe funcionar en forma armónica con el sistema administrativo sancionatorio en los ámbitos en que ambos coexisten, de forma que cada orden funcione adecuadamente y cumpla sus finalidades; **la resolución en torno a la naturaleza de la acción penal de la que deba dotarse a un delito, debe depender de la valoración que la sociedad haga, por intermedio de sus legisladores, de la gravedad de los atentados cuya sanción penal se pretende y de la importancia de los bienes jurídicos tutelados**, en términos que resulte conveniente y deseable que estos sean perseguidos por el Estado a través del Ministerio Público, tan pronto como se tenga noticia de ellos, sin dejar entregada la decisión que dicha persecución penal pueda llevarse a cabo, como tampoco su oportunidad, a valoraciones

FISCALIA

particulares o decisiones estratégicas que en pos de sus intereses adopte una determinada autoridad.

Sobre la base de estos fundamentos, estimo prudente que vuestra Honorable Comisión pudiera **considerar aquellas indicaciones** que han sido formuladas por algunos H. Senadores, en orden a **suprimir este inciso tercero,** y consecuencialmente, **también el inciso cuarto** del actual Proyecto.

3. En cuanto a los efectos penales de la delación compensada a que se refiere el inciso quinto del artículo 3 bis nuevo del proyecto, cuyo tenor es el siguiente:

> *Inc. 5º: Se considerará como eximente de responsabilidad penal la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos que haya prestado el imputado en el proceso, cuando éste hubiere accedido previamente a una reducción o exención de la multa de acuerdo con el artículo 39 bis.*

En lo que se refiere al reconocimiento o efecto que, con la finalidad de velar por la eficiencia del sistema, resultaría posible y necesario reconocer en el proceso penal a la denominada delación compensada (o cooperación eficaz) regulada por el DL 211 en el contexto de la investigación administrativa instruida por la Fiscalía Nacional Económica, mucho se ha dicho por parte de la autoridad administrativa, en torno a que la herramienta de la cual dotó a la Fiscalía Nacional Económica la reforma al DL 211 del año 2009, considerada como una de las más eficaces en los sistemas comparados para detectar y terminar prontamente los acuerdos colusorios, se vería frustrada o al menos cuestionada en cuanto a su eficacia, en caso que no pudiera otorgarse a las personas investigadas por dicho organismo público, que se hubieren acogido a la exención de responsabilidad administrativa según el procedimiento previsto en el artículo 39 bis del referido decreto, la misma certeza de que dicha exención operará también respecto de su eventual responsabilidad penal.

En relación con este punto, se señaló en su oportunidad que si bien se considera razonable que en aras de una aplicación útil de la legislación, fuera necesario incentivar o al menos hacer factible el uso de la mencionada herramienta, mediante el reconocimiento en sede penal de algún efecto a la colaboración que el sujeto investigado hubiere prestado en sede administrativa, el legislador, empero, había establecido expresamente que la responsabilidad penal es personal y que aquellas conductas de colaboración con la Administración de Justicia que pueden tener efectos en relación con la responsabilidad penal del imputado, debían ser desarrolladas al interior del proceso penal, proponiéndose por parte de este Fiscal Nacional, que en caso de haberse acogido el sujeto al referido mecanismo en sede administrativa, obteniendo la rebaja o exención total de la multa, y siempre que hubiere reiterado dicha colaboración con la misma intensidad en sede penal, su conducta podría considerarse como una atenuante muy calificada de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 68 bis del Código Penal.

No obstante lo anterior, al interior de vuestra H. Comisión, primó la idea de beneficiar al sujeto que se hubiere acogido al procedimiento de la delación compensada, con una exención de responsabilidad penal, razón por la cual estimo conveniente reiterar a Usted lo que ya se expresó oportunamente en mi representación durante la tramitación de este Proyecto en el sentido que, en el caso que se resolviera mantener la norma del inciso quinto del artículo 3 bis nuevo en los mismos términos actuales, **la colaboración substancial en que dicha exención hubiera de fundarse, debe necesariamente prestarse ante el Fiscal del Ministerio Público en el marco del proceso penal**, siendo el Fiscal a cargo de la investigación, a quien le corresponderá expresar en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz para el esclarecimiento de los hechos o la identificación de los responsables, en los mismos términos en que actualmente ello es establecido en la Ley 20.000, correspondiendo finalmente al juez, de forma discrecional y autónoma, determinar si dicha colaboración se considera substancial para los efectos de permitir la exención de responsabilidad penal del sujeto.

FISCALIA

4. En cuanto a las facultades de las que es necesario dotar al Ministerio Público para investigar estos delitos, reguladas en la siguiente disposición:

> *Artículo 3° ter. Para la investigación del delito sancionado en el artículo anterior, el Ministerio Público podrá solicitar al Juez de Garantía que ordene la interceptación y grabación de las comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación en que intervengan personas respecto de las cuales existan fundadas sospechas de haber participado o estar participando en la ejecución de los acuerdos o prácticas concertadas a los que dicho artículo se refiere.".*

Si bien el texto actual del artículo 3 ter del Proyecto, recoge satisfactoriamente la inquietud que este Fiscal Nacional planteó en su oportunidad a esta Honorable Comisión, en orden al contrasentido que representaba incluir este nuevo delito con una pena asociada que no superaba los 5 años, y para cuya investigación el Ministerio Público carecería por tanto de la posibilidad de utilizar técnicas especiales de investigación, en circunstancias que desde el año 2009, la Fiscalía Nacional Económica estaba facultada para utilizar tales herramientas en la investigación de los ilícitos administrativos de colusión; existiendo a la fecha indicaciones mediante las cuales se propone la eliminación de este artículo, este Fiscal Nacional considera relevante insistir en la **importancia que una norma como la propuesta tiene para el funcionamiento y coherencia del sistema.**

En efecto, en la letra n) del actual artículo 39 del DL 211, incorporada mediante la reforma del año 2009, se concedió a la Fiscalía Nacional Económica, entre otras, la facultad de interceptar toda clase de comunicaciones (n.3), en circunstancias que en el marco del actual sistema procesal penal, el artículo 222 del Código del ramo, restringe dicha posibilidad únicamente a la investigación de aquellos delitos que merecen pena de crimen, **regulación que haría imposible que el Ministerio Público solicitara esta medida para los efectos de investigar el delito de colusión, atendido que el presente Proyecto prevé para esta figura, tan sólo una pena de simple delito.**

Por ese motivo y con el objeto de afinar y potenciar la investigación penal que deba hacer el Ministerio Público en los casos de colusión donde, sin duda alguna por la naturaleza de los acuerdos que los mismos conllevan, resulta indispensable interceptar las comunicaciones de los sujetos involucrados, **se estima imprescindible la mantención de una norma como la contenida hoy en el artículo 3 ter, por medio de la cual se faculte expresamente a los fiscales del Ministerio Público para solicitar esta interceptación cuando se encuentre conociendo del delito en cuestión.**

****

FISCALIA

Siendo todo cuanto puedo informar a vuestra Honorable Comisión, hago presente a Usted que la Fiscalía Nacional, a través del Director de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado (ULDDECO), Sr. Mauricio Fernández Montalbán, queda a disposición de la H. Comisión para el caso que se estime oportuna su comparecencia, con el fin de detallar los alcances de estas opiniones y sugerencias.

Saluda atentamente a Ud.,

REPÚBLICA DE CHILE
FISCAL NACIONAL
MINISTERIO PÚBLICO

SABAS CHAHUÁN SARRÁS
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

SCHS/MFM/YRG
C.C.: - Director ULDDECO FN.
- Archivo Gabinete Fiscal Nacional

CENTRO DE REGULACIÓN Y COMPETENCIA

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE

INFORME

OPINIÓN SOBRE PROYECTO DE LEY QUE SANCIONA

PENALMENTE LA COLUSIÓN, BOLETÍN Nº 6.454-07

Sumario

I. ANTECEDENTES 130

II. LA COLUSIÓN EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA 130

i. La lesividad de los carteles....130

ii. Acuerdos anticompetitivos entre empresas....131

iii. Acuerdos entre rivales que no son carteles....132

iv. La prueba de los carteles....133

v. El debate sobre la penalización....134

vi. Incentivos a las personas naturales....135

III. LA COLUSIÓN EN LA LEGISLACIÓN CHILENA 135

i. El Decreto Ley N° 211, de 1973 contempló un ilícito penal....135

ii. La colusión como ilícito infraccional no penal....136

IV. LA MOCIÓN DE LOS H. SENADORES SRES. Espina, Cantero, Chadwick, García y Horvath 137

i. La moción parlamentaria de 2009....137

ii. La propuesta del Ministerio Público....138

V. COMENTARIOS A LA PROPUESTA DEL MINISTERIO PÚBLICO 139

I. ANTECEDENTES[*]

1. La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado de la República ha solicitado al Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (RegCom) un Informe (el Informe) que analice una propuesta normativa que sanciona penalmente la colusión. El análisis que se solicita pide la emisión de un parecer respecto de una propuesta elaborada por el Ministerio Público, tanto en sus virtudes como eventuales problemas que ella podría generar, respecto del proyecto de ley contenido en el boletín N° 6.454-07, de los Honorables Senadores Señores Espina, Cantero, Chadwick, García y Horvath, que sanciona penalmente la colusión.

2. En el presente informe analizamos en primer término la colusión frente al Derecho de la Competencia. Posteriormente, revisamos nuestra legislación –contenida en el Decreto Ley N° 211, de 1973- para concluir con la revisión de la propuesta del Ministerio Público al proyecto de ley.

II. LA COLUSIÓN EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

i. La lesividad de los carteles

3. La colusión es una conducta que fue reprochada por Adam Smith, en su clásica obra "La riqueza de las naciones ", de 1776. Este autor, fundacional en la economía moderna, expresaba que:

> "La gente del mismo oficio rara vez se reúnen, incluso para la alegría y la diversión, pero la conversación termina en una conspiración contra el público o en alguna estratagema para elevar los precios"

4. Modernamente, la Suprema Corte de Estados Unidos ha señalado que la colusión es el mayor mal de la competencia ("*supreme evil of antitrust*")[2]. En nuestro derecho, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha indicado que "*la colusión es*

[*] Este informe ha sido elaborado con la colaboración de Dominga Phillips, investigadora de RegCom y de Pablo Torres, ex - investigador del Centro de Regulación y Competencia (RegCom) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Agradecemos los comentarios del investigador de RegCom Nicolás Rojas.

[2] *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398.

de aquellas [infracciones] que merece el mayor reproche para el derecho de la competencia"[3]. Más recientemente, la Corte Suprema chilena ha reconocido la lesividad de los carteles al conocer acusaciones por prácticas colusivas:

> Que la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas. El resultado probable de tal coordinación es la subida de los precios, la restricción de la producción y con ello el aumento de los beneficios que obtienen las participantes[4].

ii. Acuerdos anticompetitivos entre empresas

5. Si tuviéramos que dar un concepto de cartel, podemos afirmar que estos existen cuando hay un acuerdo entre dos o más empresas, que fijan precios, cantidades u otros aspectos en los que ellas compiten.

6. Los acuerdos entre empresas, usando el concepto de manera amplia, permite incluir negociaciones y un acuerdo explícito entre las empresas involucradas; también incluir casos en que no hay negociaciones, sino que hay intercambios de información que permiten un acuerdo implícito entre competidores; y finalmente casos de "*colusión" tácita* (como lo ha denominado la economía), en los que incluso sin comunicación, las empresas reconocen interdependencia mutua, lo que afecta la competencia.

7. Dos autores norteamericanos, Lagenfeld y Silvia, consideran que hay un acuerdo anticompetitivo entre rivales cuando

> "Las restricciones horizontales son acuerdos entre competidores que reducen la rivalidad en una o más dimensiones. Sea que las restricciones se refieran a precio o cantidad, o involucren otras dimensiones no relativas a precio tales como avisos y diferenciación de productos, el efecto final sobre el equilibrio de mercado es el mismo. Menos bienes y servicios son vendidos, y los consumidores pagan un precio (ajustado por calidad) más alto".

---

[3] TDLC, *FNE con Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros*, Sentencia N° 94/2010.

[4] Corte Suprema: *FNE c. Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros*, Rol N° 1746-2010, 29 de diciembre de 2010, C. 12°.

> "Son el resultado de la cooperación entre competidores; por ello, uno o más de ellos estaría mejor si hace trampa al acuerdo."[5]

8. Entonces, ¿en qué consisten las conductas anticompetitivas? Consisten en fijar *con rivales* los precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización. También en acordar limitar la producción (con el consabido efecto en precio), y asignarse zonas o cuotas de mercado. Pero también pueden ser conductas que busquen excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación, como bien precisa el artículo 3, a) del DL 211.

9. Si bien puede haber acuerdos anticompetitivos "clásicos", en los que directamente las empresas competidoras buscan aumentar los precios o reducir la producción, hay también casos que competidores podrían perseguir aumentar los costos de los rivales, como cuando se controla un insumo vital, aumentar los propios costos (y de todos los participantes), etc.

iii. Acuerdos entre rivales que no son carteles

10. Ahora bien, no todo acuerdo entre competidores es *per se* anticompetitivo. Las fusiones entre rivales pueden ser pro-competitivas (aunque con riesgos que deben ser evaluados y ponderados por la autoridad competente), en cuyo caso desaparecerá uno o más competidores. Pero también hay casos de *joint ventures*, que son acuerdos entre rivales que tienen efectos pro-competitivos y que pueden generar riesgos, ya que la rivalidad puede disminuir[6]. En estos casos, la autorización debe buscar remediar los riesgos no subsanados.

11. Debe tenerse en cuenta que algunas conductas entre empresas pueden tener una justificación competitiva en algunos casos, como por ejemplo, cuando son "*restricciones auxiliares*" a acuerdos lícitos (por ejemplo, en una copropiedad – *mall* - podría excluirse la participación de rivales o establecer prohibiciones de

---

[5] James A. Lagenfeld y Louis Silvia, "Federal Trade Commission Horizontal Restraint Cases: An Update", 49(3*) The Antitrust Bulletin* 521, Fall 2004, p 523. La traducción es nuestra.

[6] Francisco Agüero y José Tomás Errázuriz "Tratamiento de los Acuerdos de Cooperación Empresarial ante el Derecho de la Competencia. ¿Cuándo un joint venture es una concentración?", *Revista Anales Derecho UC, N° 2, Temas de Libre Competencia*, Santiago, Ed. Legis.

competir, en pos de un acuerdo lícito [la copropiedad]. En esos casos el concepto “ilícito” puede permitir que el TDLC autorice en ciertos casos -previa consulta- este tipo de limitación, que en ese caso sería “lícita”.

iv. La prueba de los carteles

12. Respecto a la prueba de la colusión, como ilícito, la evolución de los precios entre competidores (paralelismo de precios) no prueba la colusión, salvo que haya prueba de la coordinación, como son los intercambios de información. Una “guerra de precios” que termina tampoco es concluyente. Por lo mismo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en su sentencia en el caso ISAPRES, razonó que un paralelismo de política comercial no es suficiente como para sancionar a empresas:

> “la similitud de acción o conductas paralelas por parte de varios competidores podría tener varias explicaciones alternativas a la colusión, sea la reacción individual (aunque en paralelo) a un cambio común en el mercado – shock de oferta o de demanda-, o bien la decisión de seguir la misma política comercial iniciada por un competidor, sin que necesariamente haya mediado un acuerdo o concertación entre las partes”

13. Existe una natural dificultad práctica de acreditar y condenar a empresas por la creación de un cartel, pues es un acuerdo normalmente secreto. Además, el umbral de prueba exigido es crecientemente de “prueba directa”, entendido como la existencia de evidencia de la coordinación o el acuerdo. La «prueba indirecta» es aquella que se infiere del comportamiento del mercado, o que las partes no podrían explicar sino mediando una colusión (presunciones).

14. Esta «prueba indirecta» puede dejar duda de si la conducta supuestamente ilícita no se explica por algo lícito.

15. La dificultad ha estado por el lado de obtener “prueba dura” o “prueba directa” del cartel, para lo cual se han otorgado potestades intrusivas a las autoridades para detectar carteles (verbigracia, facultades de allanamiento y descerrajamiento o *dawn raids*, e interceptación de comunicaciones).

16. Mas la dificultad en probar la existencia de carteles motiva la creación e impulso en la de delación compensada o *leniency,* que ha sido un hito relevante en la persecución de carteles. En efecto, numerosos carteles han sido descubiertos como resultado de la delación de un miembro del acuerdo.

17. Antes de que se estableciera una política de *leniency*, en una investigación de carteles los miembros del cartel tenían los incentivos para actuar concertadamente también en la defensa. El descrédito y ocultamiento de las pruebas los beneficia a todos. Al contrario, con delación compensada, empresas tienen ventajas si actúan individualmente, con intereses contrapuestos a otros actores del cartel. Incluso aparecen incentivos a mostrar evidencia pero también para «guardar» evidencia.

v. El debate sobre la penalización

18. El debate sobre la penalización de las conductas anticompetitivas es antiguo. Desde ya, la *Ley Sherman* norteamericana es de las primeras leyes sobre la materia. Asimismo, se han establecido sanciones penales en otros países anglosajones, así como en países de tradición continental, como México (2014), Colombia (2011) y Brasil (1990). La discusión fue plasmada en el Informe de la *Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia.* En dicho informe, se expresa al respecto que:

> Algunos integrantes de la Comisión justificaron la existencia de sanciones penales para las prácticas anti competitivas por considerar que las multas y sanciones administrativas no constituyen un disuasivo eficaz, resultado que sólo podría lograr la amenaza de una potencial pérdida de libertad[7].

19. Ahora bien, la prueba de un cartel ante la jurisdicción de libre competencia exige un estándar de prueba distinto al existente en materia penal, que como se sabe es de *duda razonable*. Lo anterior ha sido abordado latamente por RegCom en un informe que fue acompañado en el caso *Farmacias* por la

[7] Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia, *Informe final* (Santiago, 2012), p. 16. Disponible en: http://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2012/07/INFORME-FINAL-ENTREGADO-A-PDTE-PINERA-13-07-12.pdf

Fiscalía Nacional Económica[8]. Luego, este punto no puede omitirse a la hora de criminalizar los carteles.

vi. Incentivos a las personas naturales

20. Normalmente, la decisión de una empresa de cooperar con las autoridades de competencia en la investigación de un cartel nace en la administración o propiedad de las compañías, pero tiene consecuencias para personal de las empresas. El delator pierde anonimato y es conocido por público y esto trae costos económicos, sociales y laborales. Como ha expresado Aldo González, los "futuros empleadores pueden estar reluctantes a contratar a un individuo que en el pasado ha actuado contra de la empresa donde trabajaba» (González, 2006).

21. Por lo mismo, se revelará la existencia de un cartel por una firma, usando el mecanismo de delación, solo cuando los beneficios sean mayores que los costos, ya que la sanción a imponer es típicamente una multa, la cual no se aplica o es rebajada sustancialmente por el hecho de colaborar. Empero, los costos para las personas que trabajan en una firma cartelizada no se aprecian. De ahí que parezca razonable establecer costos mayores –la libertad personal- y un beneficio claro al colaborador.

III. LA COLUSIÓN EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

i. El Decreto Ley N° 211, de 1973 contempló un ilícito penal

22. La legislación de competencia, contenida en el Decreto Ley N° 211, de 1973, cuyo texto coordinado y refundido está actualmente contenido en el D.F.L. N° 1, de 2005, de Economía; contempló hasta la dictación de la Ley N° 19.911 una sanción penal en materia de infracciones a la libre competencia, que *también* constituía un ilícito administrativo no penal. En su artículo 1°, el DL 211 sancionaba con una pena de presidio menor a:

[8] Santiago Montt y Jorge Grunberg, *Prueba de la Colusión*, (Santiago, RegCom, 2010). Disponible en: https://www.dropbox.com/s/7781ff6v7tuwc3w/Informe%20%E2%80%9CPrueba%20de%20la%20Colusi%C3%B3n%E2%80%9D.pdf?dl=0

> “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”.

23. Se ha expresado que dicha norma, en su redacción, infringía principios constitucionales del Derecho Penal[9]. Adicionalmente, se afirmó que su aplicación fue escasa en los treinta años de vigencia del DL 211, de 1973.

ii. La colusión como ilícito infraccional no penal

24. Atendido lo anterior, la Ley N° 19.911 reformó significativamente el DL 211, eliminando dicho ilícito penal / administrativo y sustituyéndolo estableciendo un catálogo tradicional de ilícitos infraccionales, no penales. En lo que nos interesa, el artículo 3°, letra a) contempló una descripción del ilícito de colusión, originalmente del siguiente tenor:

> Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.

25. Tras la dictación de la Ley N° 20.361, que modificó el DL 211 en el año 2009, incorporando potestades intrusivas y la denominada delación compensada para descubrir la colusión, dicho literal fue enmendado, con la siguiente redacción, vigente hasta esta fecha y posterior al ingreso del proyecto de ley que se comenta:

> Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.

---

[9] Así, en el Mensaje de la ley que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, S.E. el Presidente de la República exponía que “la especificación del tipo es un requisito ineludible, so pena de vulnerar la garantía constitucional establecida en el inciso final del número 3 del artículo 19 de nuestra Constitución”, en Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley Nº 19.911, Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, p. 12.

26. Los principales cambios entre la versión de la colusión del año 2003 y la vigente desde 2009, tras la reforma de la Ley N° 20.361, son que (i) la nueva versión acota el ilícito a acuerdos entre competidores o rivales –acuerdos horizontales- que antes podían ser incluso verticales; (ii) la norma vigente no exige que se haya *abusado* del poder (económico) que dichos acuerdos confieren, sino que basta con conferir poder de mercado; y (iii) se agregan acuerdos anticompetitivos que pueden excluir rivales o afectar procesos de licitación (pública o privada).

27. Tras la Ley N° 20.361, es indudable que los carteles –aquellas prácticas descritas en el literal a) del artículo 3° del DL 211[10]- son las conductas más gravosas contra la competencia, no sólo porque estas conductas revisten una sanción mayor que las de abuso de posición dominante (el *quantum* de la multa es mayor)[11] y se considera un mayor plazo de prescripción para estos ilícitos, sino también porque se permite el uso de técnicas de carácter intrusivo para su detección[12] y se introducen prácticas excepcionales para nuestro derecho, como la *delación compensada*.

IV. LA MOCIÓN DE LOS H. SENADORES SRES. Espina, Cantero, Chadwick, García y Horvath

i. La moción parlamentaria de 2009

28. Durante el año 2009 fue revelada la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre cadenas de farmacias (*caso Farmacias*), que motivó la reforma que se discute. El texto

[10] A este respecto, si bien el artículo 3°, a) del DL 211 ilustra respecto de las principales conductas anticompetitivas que constituyen un cartel o acuerdo colusorio, es factible pensar en ilícitos colusivos que escapen a dicho literal, como pudieran ser acuerdos restrictivos de la innovación, los que caerían en el inciso 1° del artículo 3° del DL 211.

[11] El art. 26, c) del DL 211 explicita el distingo entre las multas por carteles del artículo 3°, letra a) del DL 211 y las demás conductas, al habilitar al TDLC a establecer sanciones de:

> c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales y, en el caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3°, hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales.

[12] Francisco Agüero Vargas *Nuevas potestades de la Fiscalía Nacional Económica en la etapa de investigación de infracciones al DL 211 (a propósito de la ley 20361)* (Microjuris.com, ID MJ363, 2009).

propuesto de la moción, en lo que nos interesa, efectuaba una modificación al DL 211, incorporando un tipo penal en un artículo 3 bis, nuevo, del siguiente tenor: "*El que realice cualquiera de las conductas descritas en la letra a) del artículo 3°, será castigado con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados*.". Además, se proponen cambios en el Código Penal y en el Código Orgánico de Tribunales. La referencia que hizo la moción parlamentaria al literal a) del artículo 3° era plena, aludiendo a *cualquiera* de las conductas descritas en dicho literal. Dicha versión ha cambiado al texto que se nos presenta.

ii. La propuesta del Ministerio Público

29. Expuestos los antecedentes necesarios para efectuar un adecuado examen de la norma legal propuesta, a continuación exponemos los principios que se aprecian en el articulado que se propone por el Ministerio Público.

a. Modifica el DL 211, incorporando un artículo 3 bis, el cual propone lo siguiente:
    i. Establece un castigo de pena sin perjuicio de la imposición de sanciones civiles (sic) respecto de acuerdos contrarios a la competencia;
    ii. Adicionalmente, se contempla la pena de multa y de inhabilitación temporal para ejercer cargos directivos o gremiales;
    iii. Crea un ilícito respecto de aquellos que, en perjuicio de los consumidores, hubieren celebrado, ejecutado, permitido u ordenado la ejecución de acuerdos contrarios a la libre competencia;
    iv. A efectos de ejemplificar qué se entienda como perjuicio a los consumidores y por ende a la libre competencia, enuncia a "*todo tipo de acuerdos expresos o tácitos, incluidas las prácticas concertadas que refiriéndose a bienes y servicios vinculados a la salud, alimentación, vivienda, suministro, transporte y educación de la población, fijen sus precios encareciéndolos o afecten las condiciones de venta y comercialización de los mismos, restringiendo su disponibilidad en el mercado, disminuyendo su calidad o limitando su producción*";

v. Establece que las investigaciones de los hechos señalados sólo pueden ser iniciadas de oficio por el Ministerio Público o previa denuncia o querella del Fiscal Nacional Económico;
vi. Dispone que se considerará como eximente de responsabilidad penal la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos que haya prestado el imputado en el proceso penal, cuando éste hubiere accedido previamente a una reducción o exención de la multa de acuerdo con el artículo 39 bis del DL 211.

b. Modifica el Código Penal, derogando los artículos 285 y 286.
c. Modifica el Código Orgánico de Tribunales, en materia de jurisdicción penal por infracciones a la libre competencia que afecten la competencia en los mercados chilenos.
d. Contempla una disposición transitoria respecto de la persecución y enjuiciamiento de situaciones ocurridas antes de la dictación de la propuesta.

V. COMENTARIOS A LA PROPUESTA DEL MINISTERIO PÚBLICO

30. Expuesta someramente la propuesta del Ministerio Público, a continuación exponemos nuestras principales observaciones:

a. En general, parece que el artículo 3 bis es de una redacción muy amplia, en el sentido que permite sancionar con penas de cárcel cualquier colusión, incluso aquella de acuerdos no expresos o cuy concepto la doctrina y la jurisprudencia no han analizado en profundidad, como son las “prácticas concertadas”. Consideramos que sería muy difícil probar la existencia de una *práctica concertada* o *acuerdo tácito* en el proceso penal, pues se tratan de conductas que, desde un punto de vista externo, es similar al paralelismo de comportamiento entre firmas (lo que es lícito). En esencia, incluir las prácticas concertadas dentro del tipo penal haría ineludible tener que recurrir a pruebas de tipo “económico” (ya que no en general hay evidencia directa del acuerdo), en circunstancias de que la tendencia debiese ser a excluir este tipo de prueba

en el ámbito penal, ya que, de lo contario, parece que la norma podría ser inaplicable.

i. Se propone acotar el delito solo a los *acuerdos expresos,* excluyendo los acuerdos tácitos y las prácticas concertadas, como se ha hecho en el Derecho Comparado al momento de crear ilícitos penales.
ii. En dicho sentido, una redacción alternativa puede ser una suerte de artículo 3, a) del DL 211, *menos* elementos tales como las prácticas concertadas y los acuerdos tácitos.

b. El artículo 3 bis no establece la duración de la sanción de inhabilitación para cargos gremiales o directivos.
   i. Se propone establecer un límite temporal a esta sanción.

c. La prueba del *perjuicio a los consumidores* es una de los elementos cosas que debiera evitarse, por lo costoso que puede ser (siendo además una discusión económica extensa, que en el derecho comparado se ha simplificado con una presunción de una conducta *per se* prohibida) y dado que en algunos casos podría ser complejo de saber si hubo o no perjuicio (por ejemplo, una guerra de precios concertada que busca excluir a un rival)
   i. Se propone eliminar el criterio del perjuicio.

d. Con la redacción que se propone respecto del *encarecimiento de los precios*, podría haber un acuerdo de precios predatorios (guerra de precios) entre empresas rivales, con la finalidad de excluir a nuevos entrantes -como ha ocurrido en Chile en casos de carteles de empresas de buses- que no sea sancionado. En ese caso, si bien era una grave colusión, no queda cubierta bajo esta redacción. Otro ejemplo reciente es el cartel en EE.UU., entre empresas de tecnología, para no contratar a trabajadores de las empresas pare del acuerdo.

e. La redacción propuesta no alcanza a acuerdos que afecten la innovación, compras públicas (salvo que sea un contrato de suministro), minería, computación, seguros, turismo, trabajo, etc.

i. Se propone evaluar la exclusión.

f. La propuesta ha excluido sancionar penalmente el hecho que empresas se repartan el mercado, asignándose zonas de producción.
   i. Se propone evaluar la exclusión.

g. La incorporación de cambios al Código Penal, contemplando derogaciones de normas que han traído incertidumbre jurídica a la aplicación de la delación compensada, así como de normas procesales en el DL 211 y en el Código Orgánico de Tribunales, junto con una disposición de carácter transitorio, aparecen como soluciones que fomentarán la detección de carteles, actuando coordinadamente la institucionalidad de la competencia con la justicia penal.

Es cuanto podemos informar. Quedamos a su disposición para aclarar y ampliar cualquier aspecto relacionado con el presente Informe.

Atentamente,

Francisco Agüero Vargas

Abogado, Universidad de Chile

M.Sc. en Regulación Económica y Competencia,

The City University, London

Doctorando en Derecho, Universidad de Chile

Profesor Asistente, Universidad de Chile

Director, Centro de Regulación y Competencia

Facultad de Derecho, Universidad de Chile

Santiago, 15 de diciembre de 2014

CENTRO DE LA LIBRE COMPETENCIA DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

M. Elina Cruz Tanhnuz

Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento
Senado de la República de Chile
Valparaíso
PRESENTE

12 de enero, 2015

REF: MINUTA SOBRE PROYECTO QUE SANCIONA PENALMENTE LA COLUSIÓN (Boletín 6.454-7)

Honorables miembros de la Comisión de Constitución:

En mi calidad de Directora del Centro de Libre Competencia de la UC, se me ha solicitado la opinión respecto al Proyecto de Ley que Sanciona Penalmente la Colusión, específicamente en relación a la propuesta del Ministerio Público.

En este sentido, me parece que este proyecto es esencial para fomentar la libre competencia en nuestro país, aumentando las sanciones a la colusión acordes con el daño generado que generan. Sin embargo, el proyecto del Ministerio Público me parece que no creo necesario efectuar los siguientes comentarios:

1. **En relación al bien jurídico protegido (consumidor y libre competencia no es lo mismo)**:

1.1. El proyecto del Ministerio Público propone sancionar a "*los que en* **perjuicio de los consumidores***, hubieren celebrado, ejecutado, permitido u ordenado la ejecución de acuerdos contrarios a la libre competencia*".

1.2. El bien jurídico protegido por la legislación de defensa de la libre competencia es precisamente defender la libre competencia como tal, de modo tal que los recursos sean distribuidos de modo eficiente en el mercado.

1.3. Un sistema legal eficiente de libre competencia tiende aumentar la diversidad en los productos y a disminuir sus precios. Ello es una consecuencia del diseño del sistema de libre competencia. Por lo tanto, el consumidor se beneficia como consecuencia de una correcta protección legal de la libre competencia.

M. Elina Cruz Tanhnuz

1.4. Por la misma razón, existe una normativa especial destinada a proteger los derechos del consumidor. Asimismo, existe el SERNAC como organismo dedicado a velar por sus derechos.

1.5. **Sugerencia**: **Eliminar cualquier referencia al consumidor** del tipo penal que se propone

2. Parte sustancial del tipo penal (conductas que no constituyen colusión):

2.1. El proyecto del Ministerio Público propone sancionar a "*…los que en perjuicio de los consumidores, hubieren celebrado, ejecutado, permitido u ordenado la* **ejecución de acuerdos contrarios a la libre competencia**"

"Para efectos de lo dispuesto en el inciso anterior se entenderá que perjudican a los consumidores y son contrarios a la libre competencia, **todo tipo de acuerdos expresos o tácitos**, **incluidas las prácticas concertadas…"**

2.2. Concuerdo plenamente con sancionar la colusión de forma más firme. Sin embargo, debemos definir qué significa colusión. De manera amplia, entendemos como colusión o cartel cualquier acuerdo entre competidores cuyo fin o efecto sea contrario a la libre competencia.

Por ejemplo, lo sancionado en el caso avícola o farmacéutico.
2.3. Es entonces necesario aclarar qué conductas no constituyen colusión:

2.3.1. **Las "colusiones tácitas" o "acuerdo tácitos" no son colusiones**: en doctrina se entiende por este tipo de acuerdos aquella conducta lícita que se produce en mercados oligopólicos (donde hay pocas empresas) y se siguen entre ellas para ganar mercado. Es decir, son interdependientes entre sí de modo tal que si hay dos empresas y una sube el precio, la otra se va a quedar con todo el mercado. Ello explica por qué en los mercados los precios tienden a ser muy similares. La doctrina económica (y parte de la legal) lo denomina "paralelismo consciente". Ciertamente no deben sancionarse con penas privativas de libertad.

2.3.2. **Las "prácticas concertadas" no son colusorias y su significado es muy vago:** El término "prácticas concertadas" se incluyó en la legislación chilena el año 2009, acuñando el concepto de la Unión Europea. Existe amplia evidencia nacional e internacional de que este concepto ha generado diversos problemas de interpretación. Por ejemplo, en una entrevista un productor de pan señala que va a

subir este producto dados los costos de la harina. Sube el precio del pan. ¿Es esta una práctica concertada? Y si lo fuese: ¿es una colusión? Considero inviable sancionarlas como colusión.
M. Elina Cruz Tanhnuz

2.4. **Sugerencia**: **Eliminar** los términos "**acuerdo tácitos**" o "colusiones tácitas" del tipo penal. Asimismo, eliminar "**prácticas concertadas**". Ambos términos **atentan contra la especificidad que debe tener todo tipo penal**. Es contrario a las garantías que debe tener todo proceso penal e incluso cae en la inconstitucionalidad.

Además, como alcance menor, debe aclararse que los acuerdos son entre competidores.

3. Sanciones

3.1. El proyecto del Ministerio Público señala como sanciones la de presidio, multa e inhabilidades.

3.2. Multas: La multa que propone es de 100 a 2.000 UTM. La legislación chilena de libre competencia permite sancionar a la empresa y a las personas naturales involucradas en la colusión hasta con 30.000 UTA. Más aún, se ha propuesto aumentar estas multas. Por tanto, el proyecto plantea multas más bajas y contradictorias con la legislación de libre competencia existente.

3.3. **Sugerencia**: **Eliminar las multas o aumentarlas, ya que las existentes son significativamente más elevadas**. Asimismo se sugiere eliminar la palabra "mercantil" del art. 3 bis.

4. Delación Compensada

4.1. El proyecto del Ministerio Público señala: "*Se considerará como eximente de responsabilidad penal la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos que haya prestado el imputado en el proceso penal, cuando éste hubiere accedido previamente a una reducción o exención de la multa de acuerdo con el artículo 39 bis de este decreto ley*".

4.2. El art. 39 bis contempla la delación compensada. Este es el mecanismo –que si está implementado correctamente- es el más eficaz para detectar colusiones a nivel mundial. A modo de ejemplo, antes de la introducción de este sistema de modo eficiente en la UE se desmantelaba una colusión anual. Al introducirse las modificaciones del año 2006, el número aumentó a 60 y ha seguido aumentando hasta cientos mensuales.

4.3. La OCDE lo señala claramente, al igual que la experiencia mundial: para funcionar, la delación compensada debe ser automática y extenderse a toda sanción civiles y penales (excepto la indemnización de perjuicios).

M. Elina Cruz Tanhnuz

4.4. Nuestro sistema de delación compensada no ha funcionado precisamente ya que no se extiende a la sanción penal del artículo 285 del Código Penal. Sobre ello existe acuerdo notorio entre los que se dedican a este tema.

4.5. Es evidente que **antes de aumentar las penas de la colusión, debemos detectarlas.**

4.6. **Sugerencia**: **Plasmar en la ley que el beneficiario de la delación compensada se eximirá de toda sanción penal de forma automática, una vez concedido el beneficio**. Nos parece que esto es de la más suma importancia. Si no se acoge esta idea –que está alineada de forma exacta con principios internacionales y nacionales- **seguiremos siendo un país donde se detectan excesivamente pocas conductas colusorias**.

5. Personas que pueden iniciar la acción penal

5.1. El proyecto del Ministerio Público se contradice. Por un lado señala: Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso anterior sólo podrán ser iniciadas de oficio por el Ministerio Público o previa denuncia o querella del Fiscal Nacional Económico. Sin embargo, luego señala que la acción corresponde de forma exclusiva a la Fiscalía Nacional Económica.

5.2. La naturaleza del Tribunal de Defensa de Libre Competencia es discutible. Así, parte de la doctrina considera que éste es un órgano administrativo y que aplica un derecho administrativo sancionatorio, que en nuestro país se rige por principios muy similares al derecho penal.

5.3. Por lo dicho precedentemente, se puede caer en el *non bis in ídem* o sancionar más de una vez por los mismos hechos, lo cual es contrario a los derechos humanos.

5.4. Asimismo, si el Ministerio Público puede ejercer esta acción, se genera una incertidumbre jurídica significativa respecto de los procesos llevados ante el Tribunal de Defensa de Libre Competencia y de la delación compensada. Todo esto, sin mencionar los problemas de llevar un mismo juicio en dos sedes.

5.5. Como país, hemos destinado -desde el año 2003- montos importantes de dinero destinados a fortalecer la institucionalidad en materia de libre competencia, de modo tal que exista un tribunal especial, con presupuesto propio y con miembros expertos en materia de libre competencia.

5.6. Lo mismo ocurre con la Fiscalía Nacional Económica, que cuenta con 80 profesionales abogados y economistas para ejercer su labor.
M. Elina Cruz Tanhnuz

5.7. Por el contrario, el sistema penal, no cuenta con jueces especializados en estas materias y -por regla general- se ve sobrecargado de trabajo.

5.8. **Sugerencia**: Es esencial que **sólo la Fiscalía Nacional Económica pueda ejercer la denuncia o querella en sede penal (y no el Ministerio Público)**. Ello para: (i) respetar los derechos humanos (ii) evitar duplicación de procesos (iii) ser consecuentes con el gasto público en materia de libre competencia.

6. Tribunal competente para conocer el aspecto penal de la colusión

6.1. No queda claro del Proyecto propuesto por el Ministerio Público, cuál sería el tribunal competente para conocer causas de colusión: si el TDLC o el tribunal en sede penal.

6.2. Si bien ya abordamos este tema en el punto 5 anterior, consideramos necesario agregar que el Tribunal de Libre Competencia probablemente no ofrece todas las garantías que debe necesariamente otorgar un proceso penal.

6.3. Sugerencia: Estudiar esta materia de modo de aclarar si el TDLC eventualmente podría conocer causas penales y qué cambios requeriría para ello. De otro modo, aclarar que esto se conoce en sede penal.

Atentamente,
María Elina Cruz Tanhnuz
Directora Centro de Libre Competencia UC
mecruz@uc.cl
Universidad Católica de Chile

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

MINUTA

Proyecto de ley que sanciona penalmente la colusión

(Boletín N° 6454-07)

A: H. Senador Sr. Alfonso de Urresti Longton
Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado

DE: Sr. Tomás Menchaca Olivares
Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

---

1. Antecedentes.

Existen en el Congreso Nacional diversos proyectos de ley que proponen penalizar la colusión. Ellos se contextualizan y fundamentan, en su gran mayoría, en el denominado "caso Farmacias" que fue detectado por la Fiscalía Nacional Económica, y sancionado por sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; la que fue confirmada por la Excma. Corte Suprema. En esos proyectos se considera, en esencia, que las penas administrativas o pecuniarias serían insuficientes para reprimir la colusión, o bien, para disuadir de la comisión de dichas conductas, lo que a mi juicio no se condice con la experiencia comparada ni con la chilena.

En unos se plantea el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, previa denuncia o querella de la Fiscalía Nacional Económica, trasladando la competencia desde los organismos especializados hacia el sistema penal general (primera versión de este proyecto[13]). En otros, se propone seguir procedimientos e investigaciones criminales y administrativas paralelas o alternativas, entregando el ejercicio de la acción penal exclusivamente al Fiscal Nacional Económico, o bien, proporcionando al Fiscal Nacional Económico la iniciativa exclusiva de gatillar el

[13] En algunas indicaciones a este proyecto, así como en otros proyectos, se intenta determinar a qué autoridad corresponde conocer del asunto según la colusión recaiga sobre bienes de primera necesidad o no, o bien, según se persiga la responsabilidad de la persona jurídica o de las personas naturales.

ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público (última versión de este Proyecto).

2. **En 2004, por medio de la Ley 19.911, se sustituyó el hasta entonces vigente sistema penal por un sistema administrativo especializado de detección y sanción de carteles.**

La Ley 19.911/2004 que creó el TDLC, optó por un sistema de derecho administrativo sancionador especializado para perseguir y sancionar los atentados a la libre competencia, eliminando el carácter penal de los ilícitos anticompetitivos.

Las razones invocadas en el respectivo Mensaje Presidencial son las siguientes:

- La indeterminación o amplitud de la norma que describe las conductas contrarias a la libre competencia es incompatible con la persecución penal, y podría vulnerar la garantía constitucional del artículo 19 N° 3 de la Constitución.

- La inconveniencia de establecer reglas que señalen *per se* las conductas que constituyen atentados en contra de la libre competencia.

- La acción penal rara vez había sido ejercida y no había logrado disuadir los atentados a la libre competencia.

- El incremento en las multas y hacer responsables directa y además solidariamente de su pago a los directores, administradores y gerentes, se estimó un disuasivo más eficaz.

Por lo anterior, se prefirió que el TDLC decida, de acuerdo al caso concreto, qué conducta constituye un atentado a la libre competencia, e incrementar el efecto disuasivo de la normativa antimonopólica mediante el aumento en las multas aplicables y el establecimiento de reglas de responsabilidad solidaria de los directores, administradores y demás personas naturales que hubieren participado en la realización del ilícito y se hubieren beneficiado del mismo.

En 2009, por medio de la Ley 20.361, se fortaleció a la Fiscalía Nacional Económica, dotándola de mayores atribuciones para la detección de carteles como son las medidas de interceptación de comunicaciones e incautación, y se incrementó el tope de las multas que puede aplicar el TDLC, especialmente en casos de prácticas coordinadas.

3. **La descripción de los atentados a la libre competencia es incompleta, abierta, contraria a lo que debe ser la descripción de un ilícito penal.**

Los ilícitos contemplados en la letra a) del artículo 3° del D.L. N° 211, son un ejemplo de hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o tienden a producir tales efectos.

De este modo, no cualquier acuerdo entre competidores es contrario a la libre competencia y cualquier intento normativo destinado a definir *a priori* o fuera de un caso concreto las condiciones bajo las cuales tales acuerdos "confieren poder de mercado" o atentan contra el bien jurídico protegido encuentra enormes dificultades.

Tampoco es posible adoptar una regla *per se* para los denominados "carteles duros", sin afectar los principios de igualdad ante la ley y de proporcionalidad.

Si bien existen conductas objetivas que generalmente suponen una afectación del bien jurídico protegido, como serían los acuerdos entre competidores destinados a fijar precios, existen casos en los que tales acuerdos no son contrarios a la libre competencia (como podría ser el caso de ciertos acuerdos de adquisición y venta conjunta).

Por otra parte, existen conductas difíciles de anticipar que pueden ser merecedoras de un grave reproche, como son ciertos acuerdos de intercambio de información sensible entre competidores y que pueden producir resultados análogos a los de carteles duros.

Es pacífico en el derecho de la libre competencia el hecho de que para conocer la gravedad del reproche de una conducta necesariamente hay que conocer las características del mercado en que ésta se comete.

4. **La penalización de carteles podría infringir la prohibición de sancionar dos veces por los mismos hechos (*non bis in idem*). El proyecto en realidad lo que propone es una <u>triple sanción.</u>**

La coexistencia de un sistema administrativo y uno penal para sancionar la colusión debiera evitar que se sancione dos veces por los mismos hechos y que se sustancien procedimientos paralelos que puedan dar origen a sentencias contradictorias o superpuestas. Esa es una de las razones por las que en USA existe un sistema penal y en Europa un sistema administrativo; no ambos a la vez.

Ello debiera, en caso de insistirse en la aplicación de una sanción penal a determinadas conductas, traducirse en la implementación de procedimientos sucesivos, donde primero se lleve a cabo el procedimiento destinado a hacer

efectiva la responsabilidad infraccional de la empresa y, sólo una vez declarada la existencia de un ilícito en sede administrativa, pueda determinarse la responsabilidad penal de las personas naturales que hubieren intervenido en su realización.

Los ámbitos de competencia de cada tribunal, las relaciones o efectos que la sentencia de uno produzca en el otro y la extensión del beneficio de la delación compensada al procedimiento penal subsecuente debieran estar claramente determinadas en la ley.

5. **Efectos de la sustanciación de procedimientos penales subsecuentes a sanciones aplicadas por el TDLC.**

Incluso llevados a cabo como procedimientos sucesivos, la persecución penal de los partícipes en una colusión, ha producido las siguientes distorsiones:

- Incertidumbre en el otorgamiento del beneficio de delación compensada y consiguiente subutilización de este mecanismo en la detección y sanción de carteles.

- Hostilidad frente a diligencias de investigación y de prueba de personas que temen auto incriminarse en un proceso penal subsecuente. Debemos recordar al respecto que en materia penal existe el derecho a no autoincriminarse, por lo que podría tener vicios de inconstitucionalidad cualquier exigencia de aportar obligatoriamente pruebas a la Fiscalía Nacional Económica que puedan incriminar penalmente al que lo haga y asimismo, quienes sean citados a declarar podrían hacer uso de su derecho a guardar silencio. Todo ello dificulta y no facilita una eficaz lucha contra los carteles.

6. **La coexistencia de un régimen de derecho administrativo sancionador con uno penal, produce efectos inciertos en la eficacia de la detección y sanción de carteles.**

Debe considerarse que la efectividad de un sistema de persecución y sanción de carteles es una ecuación que depende, por un lado, de que: (i) los costos de infringir sean altos (sanciones elevadas) y; por otro lado, (ii) de que las instituciones sean eficaces en la detección y aplicación de esas sanciones, es decir, que la probabilidad de ser sancionado sea alta.

Así, lo deseable es un sistema que, junto con contemplar sanciones elevadas, disponga de instituciones que con probabilidad las impongan. En definitiva, **las sanciones sólo son disuasivas cuando son eficaces, es decir, cuando**

el infractor teme ser detectado y sancionado porque el sistema de represión, sea penal o administrativo, está funcionando.

El TDLC y la FNE son organismos especializados en la recopilación y análisis de evidencia económica extraordinariamente valiosa para la detección y sanción de los carteles, particularmente cuando no existe prueba directa de los mismos.

Los casos de acuerdos expresos entre competidores en que existe prueba directa son infrecuentes o han afectado mercados más bien acotados (de servicios profesionales, por ejemplo) y, en la medida que mayor sea su detección y sanción, es esperable que se vayan haciendo aún más sofisticados y más difícil su detección y sanción.

El aporte de la ciencia económica para deducir o presumir las conductas a partir de sus efectos, o de los denominados factores adicionales (*plus factors*), no conversan con la lógica de represión penal, que introduce estándares de demostración muy difíciles de alcanzar para las instituciones encargadas de la detección y sanción de los carteles.

Por ello, lo que se plantea en el proyecto es **la sustitución de un sistema de represión administrativa efectiva por un sistema de represión penal con una efectividad incierta.**

7. **Conclusión: No es recomendable sancionar penalmente la colusión.**

No obstante, de insistirse en ello, se requieren una serie de resguardos:

- Resolver adecuadamente las incertidumbres asociadas a la titularidad de la acción penal, que debiera corresponder exclusivamente al Fiscal Nacional Económico.

- Extender el beneficio de la delación compensada al proceso penal.

- Excluir la posibilidad de investigaciones y procedimientos paralelos, estableciendo que, en todo caso, se lleve a cabo primero el procedimiento infraccional, este sólo pueda dirigirse contra la persona jurídica y, solo posteriormente, una vez firme o ejecutoriada la sentencia que se dicte en dicho procedimiento administrativo sancionador, se pueda iniciar aquel destinado a determinar la eventual responsabilidad penal de las personas naturales.

- Eliminar la posibilidad del TDLC de aplicar sanciones a personas naturales a fin de no infringir el principio del *non bis in idem*.

- Lo anterior, si bien podría resolver algunos de los más graves problemas jurídicos de la coexistencia de sistemas paralelos de persecución de los carteles, no evita los problemas de detección y prueba de los mismos ni el riesgo de sentencias contradictorias.

.-.-.-

SR. JEAN PIERRE MATUS

PROFESOR DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE

Santiago, 9 de noviembre de 2015

H. Senador
Alfonso de Urresti.
Presidente
Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado
Santiago

De mi consideración:

Con relación al Proyecto de Ley, en primer trámite constitucional, iniciado por Moción de los H. senadores Espina, Cantero, Chadwick, García y Horvath (Boletín Nº 6.454-07), que se encuentra aprobada en general por la Sala del H. Senado de la República, esta H. Comisión me ha solicitado elaborar una propuesta de redacción del texto en particular, teniendo en consideración el proyecto preparado por su Secretaría con base a las indicaciones y observaciones recibidas en su discusión particular. Al respecto, me permito informar a Ud. lo siguiente:

1. Antecedentes generales. Los atentados contra la libre competencia *per se* y los fundamentos de su regulación penal

Si, como en Estados Unidos, cuya larga tradición en el combate a los monopolios data de 1890, se acepta que existen ciertas prácticas que *per se* atentan contra la libre competencia, como los acuerdos entre personas o empresas que compiten para fijar precios, dividir mercados o manipular licitaciones, y por ello debieran ser ilícitas y punibles, pareciera que lo más adecuado en una sociedad de mercado como la nuestra sería, al menos, que esa clase de conductas fuesen ilícitas y sancionadas penalmente.

En cambio, el vasto campo del abuso de posiciones dominantes, la regulación de las fusiones y el resto de las conductas humanas tendientes a restringir la competencia para obtener ganancias de ello sin aumentar la calidad de los productos ni reducir sus costos (como el *dumping*) podría dejarse bajo la competencia exclusiva de nuestra institucionalidad administrativa de protección de la libre competencia, para que determine si tales conductas efectivamente restringen o no la competencia y generan o no, por tanto, el daño social que se pretende evitar.

Dicho lo anterior, la pregunta que sigue es cómo sancionar penalmente las conductas *per se* atentatorias contra la libre competencia.

Si no se quiere transformar al Derecho penal en un instrumento de simple vindicación colectiva, las penas, como manifestación del poder del Estado, han de servir a las personas y al bien común, esto es, han de cumplir funciones útiles a la sociedad, ya que su imposición irroga gastos que de otro modo pudieran destinarse a mejorar las condiciones de educación, salud y vivienda de la población y, también, por cierto, de la administración encargada de velar por la libre competencia, en este caso.

Tratándose de delitos de motivación económica y de afectación a la libre competencia, nuestro sistema ha desarrollado una serie de sanciones que deben tenerse en cuenta. Desde luego, la cárcel prevista para autores de hurtos, robos, estafas, desfalcos, falsificaciones, malversaciones de caudales públicos y lavado de dinero, parece una sanción apropiada para las personas naturales responsables de los acuerdos de precios, distribución de mercados o licitaciones. Atendida la gravedad de tales hechos, que afectan las bases mismas de la sociedad de mercado, una pena que se encuentre entre los 3 años y un día y los 10 años, parece razonable, en comparación con las falsificaciones de monedas e instrumentos públicos y el lavado de dinero.

Pero una sanción corporal, que recaiga en algunos ejecutivos o directores que participen de estos hechos parece insuficiente para su adecuada prevención, esto es, para disminuir el riesgo de reiteración en una sociedad donde el mercado se organiza principalmente a través de empresas constituidas como personas jurídicas diferentes de quienes las dirigen.

En estos casos, según demuestra la experiencia norteamericana, las sanciones deben recaer también en tales empresas si sus directivos principales han tomado parte en los delitos o si éstos no han establecido mecanismos para evitar que sus subordinados los cometan, como contempló originalmente la Ley Nº 13.305, de 1959.

Actualmente, en Chile disponemos de un régimen de penalidad de las personas jurídicas en la ley Nº 20.393, del año 2009, que contempla penas de multas, prohibición de celebración de actos y contratos con el Estado, pérdida de beneficios fiscales, comiso del "producto del delito" e incluso la disolución en casos graves y reiterados, que bien podría incluir a los delitos contra la libre competencia en su ámbito de aplicación, hoy limitado a los delitos de cohecho, lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

La existencia de un fortalecido sistema administrativo de protección de la libre competencia que pueda discriminar entre los casos sujetos a sanción penal y los que no, una regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y un sistema procesal modernos, permiten albergar esperanzas de que, realizando las adecuaciones técnicas necesarias y existiendo voluntad política y social de prevenir y sancionar esta clase de graves atentados contra la libre competencia, no nos encontremos a la vuelta de los años con la misma situación que llevó al legislador de 2003 a despenalizar estos hechos, fundándose en que a pesar de existir sanciones de esta naturaleza desde 1959, ellas nunca se habían aplicado efectivamente.

2. Breve análisis crítico de los proyectos de Ley actualmente en tramitación, que proponen sancionar penalmente los acuerdos atentatorios *per se* contra la libre competencia

Como es sabido, existen la actualidad tramitándose al menos cinco proyectos de Ley en la materia, cuyos contenidos en parte coinciden y en parte difieren. De ellos, cuatro se discuten en el Senado, pero el que se discute en la Cámara, Boletín Nº 9.950-03, es el único que, habiéndose iniciado por Mensaje presidencial, cuenta con su patrocinio, al punto que su tramitación se encuentra con solicitud de *discusión inmediata*, por disposición de S.E. la Presidenta de la República, por lo que su importancia no puede soslayarse.

2.1. El Proyecto del Boletín Nº 9.950-03

Dicho Proyecto, cuyo Mensaje, de 3 de marzo del corriente, hace explícita referencia al hecho de haberse tomado en consideración la multitud de proyectos presentados con anterioridad, incluyendo el del Boletín 6.554-07, que es el más avanzado en la tramitación del Senado (tiene aprobación general en la Sala), contempla buena parte de los requerimientos aludidos en el apartado introductorio de este informe, a saber:

a) Fortalece el sistema administrativo de prevención y persecución de las conductas monopólicas con las siguientes medidas: precisa las conductas *per se* atentatorias contra la libre competencia (acuerdos de precios, zonas o proporciones de mercados y los relativos a las licitaciones públicas); perfecciona las normas relativas a la delación compensada, para aclarar sus requisitos y efectos; modifica las sanciones administrativas, para hacer que la entidad de las multas sea variable según el beneficio obtenido por el cartel (doble del mismo) o un porcentaje de las ventas (hasta el 30%), e incorporar la de inhabilitación temporal de hasta cinco años para contratar con el Estado; refuerza las facultades de investigación de la Fiscalía Nacional Económica, al establecer delitos especiales de obstrucción a la misma; facilita la obtención de las indemnizaciones civiles correspondientes, radicando la competencia para reclamarlas en el propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; y regula las operaciones de concentración económica;

b) Sanciona penalmente los casos de celebración de acuerdos de precios, fijación de cuotas de mercado y manipulación de licitaciones, incorporando tres nuevos artículos al Código Penal (286 bis a quáter). En el propuesto artículo 286 bis se establece un delito con hipótesis alternativas que describen los casos a sancionar, imponiendo a sus responsables penas de presidio mayor en su grado mínimo (5 años y un día a 10 años) y la de inhabilitación por cinco años para desempeñar cargos u oficios públicos y cargos de director o gerente en empresas del estado, sociedades anónimas abiertas y asociaciones o colegios profesionales. En el 286 ter se extiende la exención de responsabilidad de la delación compensada reconocida por la Fiscalía Nacional Económica a la responsabilidad penal. Y en el 286 quáter, se establecen las reglas procesales de “coordinación” entre el sistema

administrativo de protección de la libre competencia y el penal: la investigación criminal sólo puede iniciarse por querella de la Fiscalía Nacional Económica; el Ministerio Público puede informar a ésta de hechos que pudieran constituir los delitos que se trata, detectados en otras investigaciones; y la Fiscalía Nacional Económica puede, a su vez, solicitar al Ministerio Público dichos antecedentes. Además, si se decide entablar la querella, se establece la simultaneidad de las acciones, debiendo interponerse al mismo tiempo ésta y el requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; y

c) Finalmente, establece una regla que permite a los consumidores y sus asociaciones reclamar las indemnizaciones de perjuicios que estimasen corresponderles por la vía ordinaria contemplada en la Ley que establece Normas Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (Ley Nº 19.496).

Sin embargo, a pesar de las evidentes ventajas que las mejoras técnicas propuestas podrían acarrear, sobre todo en lo relativo al perfeccionamiento del sistema administrativo de protección de la libre competencia y de las posibilidades que se abren para la persecución de la indemnización por el daño causado, lo cierto es que en el aspecto propiamente penal se mantienen algunos vacíos relevantes:

i) No contempla en la descripción típica la forma de responsabilidad consistente en inducir u ordenar la celebración o ejecución de los acuerdos prohibidos, de donde se sigue que la inducción u orden fracasadas no sería punibles;

ii) Si bien es cierto las sanciones penales propuestas parecen graves a primera vista (5 años y un día a 10 de privación de libertad), ellas no consideran la práctica recurrente de sumar atenuantes para lograr rebajas de penas desde el mínimo legal y obtener así la sustitución de las penas privativas de libertad por algunas de las de la Ley Nº 18.216, aún en casos de falta de colaboración real con la investigación criminal. Por su parte, la pena de inhabilitación propuesta reduce la duración del grado máximo previsto en el Código penal, de 10 a solo 5 años, lo que no resulta justificado;

iii) No contempla sanciones penales a las personas jurídicas; y

iv) La simultaneidad de las acciones penales y administrativas propuestas genera el riesgo de diluir la eficacia de las mismas y, sobre todo, de obtener resoluciones contradictorias (una condena en sede penal y una absolución ante el Tribunal de la Libre Competencia y viceversa), amén de perjudicar las posibilidades de defensa efectiva ante dos jurisdicciones diferentes.

2.2. Los Proyectos actualmente discutidos en el Senado no fusionados con el Boletín 6.454-07

Los tres principales proyectos en el materia son los correspondientes a la Moción de los Honorables Senadores señores Tuma, Girardi, Lagos y Quintana (Boletín Nº 9.028-03); la firmada también por los H. Senadores Sres. Lagos y Girardi, pero a la que se agregan como promotores los Sres. Chahuán y Bianchi (Boletín N° 10.175-07); y la contemplada en el Boletín Nº 10.366-03, de los H. Senadores Sres. Tuma y Ossandón.

Todos ellos tienen en común la escasez de disposiciones que perfeccionen el sistema administrativo de protección de la libre competencia, por las limitaciones que tiene la iniciativa parlamentaria en estas materias. En cuanto a la sanción penal, todas ellas establecen los delitos fuera del Código penal, y ninguna se hace cargo de las reglas de coordinación que han de existir entre el sistema administrativo de protección de la libre competencia y el penal.

Las principales ideas de cada una de estas mociones que eventualmente podrían servir de insumo, con las adecuaciones necesarias, para perfeccionar el proyecto actualmente en tramitación ante la Cámara, cuando ingrese al Senado, son las siguientes:

a) Sancionar expresamente las figuras de *ordenar* y realizar *prácticas concertadas* de acuerdos de precios, etc. (Boletín Nº 9.028-03) ;
b) Sancionar a las personas jurídicas (Boletín Nº 9.028-03);
c) Sancionar a las personas naturales responsables con pena de multa (Boletín N° 10.175-07); y
d) Establecer un sistema de determinación de penas similar al de la llamada *Ley Emilia*, pero sin la obligatoriedad del año de presidio, previo a cumplir la pena sustitutiva que corresponda (Boletín Nº 10.366-03)

2.3. El Boletín Nº 6.454-07

La Moción de los H. senadores Espina, Cantero, Chadwick, García y Horvath contenida en el Boletín Nº 6.454-07, como se encuentra en el texto aprobado en general por la Corporación, es coincidente en la descripción del delito con la contenida en la Moción de los H. senadores Tuma, Girardi, Lagos y Quintana (Boletín Nº 9.028-03), en tanto propone sancionar en el propio D.L. 211, mediante un nuevo artículo añadido (3º bis), con una pena de 61 días a 5 años y una multa de las 30.000 UTA a quien celebre, ejecute, etc., acuerdos de precios o zonas o cuotas de mercado o producción, agregando las figuras de *ordenar*, celebrar *acuerdos tácitos*, y realizar *prácticas concertadas* que lleven al mismo resultado; y, además, establece una regla especial para sancionar los hechos aunque los acuerdos se realicen por medios electrónicos con comunicaciones desde o hacia el extranjero.

Por otra parte, en cuanto a la "coordinación" entre la sanción penal y la admistrativa, se establece una regla contraria a la propuesta por el Proyecto que se tramita en la Cámara de Diputados con *discusión inmediata*, a saber, en vez de la *simultaneidad* de ambas vías, la *exclusión* de la acción y sanción administrativas por el procedimiento y

condena penales, respectivamente, aunque reconociendo el carácter eximente de la delación compensada.

Sin embargo, en la discusión particular de la iniciativa se han ido modificando sustancialmente estas proposiciones aprobadas en general por la Sala del Senado.

En efecto, se ha perfeccionado la redacción de la figura penal que, si bien no coincide en todos sus términos con la del proyecto actualmente patrocinado por el Ejecutivo, precisa que los acuerdos no son entre agentes económicos sino entre "competidores", y se elimina la referencia a los "acuerdos tácitos". Además, eleva la pena de presidio a tres años y un día a diez, pero elimina la multa (ello, seguramente porque se mantienen las sanciones administrativas, eliminándose el sistema de subrogación aprobado en general).

No obstante lo anterior, a mi juicio, el proyecto tiene una densidad insuficiente, en comparación con la del Proyecto del Gobierno, en lo que respecta al fortalecimiento del sistema administrativo de protección de la libre competencia. Por ese solo hecho debiera proponerse la fusión de ambos, para adoptar de manera casi íntegra las disposiciones del Art. 1º del Proyecto del Boletín Nº 9.950-03, así como sus disposiciones complementarias, equivalentes a las de los números 2 a 5 del artículo 1º y a los artículos 2º y 3º de la moción en estudio, aunque bastante más desarrolladas.

Luego, me abocaré en este lugar a las cuestiones propias de carácter penal, donde a mi juicio queda todavía un ámbito de perfeccionamiento mayor, suponiendo que respecto del resto de las materias que la moción abarca podrá aceptarse, con las correcciones técnicas que sean del caso, en su oportunidad, el proyecto del gobierno, que actualmente se discute en la Cámara de Diputados.

En este sentido, la primera cuestión que se planteará será si esta nueva figura penal debe incorporarse al D.L. 211 o al Código Penal, como propone el Proyecto del Gobierno. A mi juicio, la polémica es irrelevante, como demuestra la persecución y castigo de delitos como los de drogas y armas, que no han requerido su incorporación al Código para entender sus graves consecuencias.

Sin embargo, una adecuada aproximación política al tema, y dada la importancia que algunos penalistas, a partir de la obra de Tiedemann, le asignan a incorporar los delitos de carácter económico al Código Penal, lo que se refleja precisamente en el proyecto que cuenta con el Patrocinio del gobierno, me parece más adecuado modificar este punto de partida, meramente nominal, para entrar a una discusión *bis a bis* con el proyecto del Ejecutivo, que permita su perfeccionamiento y no se resuelva con una frase general del estilo "pero es preferible que los delitos se encuentren en el Código Penal y en eso el Proyecto del Ejecutivo es superior".

Admitido lo anterior, en cuanto a la formulación típica propiamente tal, dos son los aspectos que creo pueden mejorarse: a) la ubicación de la responsabilidad por ordenar esta clase de acuerdos (incluyendo la inducción), y b) la incorporación expresa de las *prácticas concertadas*, como mecanismos para cometer este delito.

Además, debe establecerse una pena de multa para las personas naturales, que no alcance las cifras previstas para la sanción administrativa (dirigida básicamente a las personas jurídicas), pero que permita una disuasión de carácter patrimonial, directamente vinculada con los incentivos económicos que mueven a las personas naturales la realización de estos hechos.

En cuanto a la sanción accesoria de inhabilitación, parece mucho más adecuado fusionar lo que aquí se propone con el Proyecto del Ejecutivo, sustituyendo la referencia a "sociedades mercantiles" por una más amplia, pero sin la limitación temporal que allí se propone.

Por otra parte, en cuanto a las reglas de determinación de la pena, que de alguna manera recogen las propuestas en la Moción contenida en el Boletín Nº 10.366-03, me parece que debe procurarse mantener la formulación aprobada para la reforma a la Ley de Armas. Del mismo modo, la limitación a los efectos de la Ley Nº 18.216 debiera seguir ese ejemplo y no el de la llamada "Ley Emilia", no existiendo vidas humanas directamente afectadas. Y debe permitirse la rebaja por cooperación eficaz efectiva, para facilitar la persecución en sede penal.

En cuanto al modelo de *coordinación* entre el sistema administrativo y el penal, las modificaciones propuestas avanzan en el sentido de fijar en la Fiscalía Nacional Económica el control de lo que será llevado o no a la justicia criminal, y el acceso a la exención de pena por delación compensada, aumentando sus capacidades de negociación; y, al mismo tiempo, suprimir el sistema de subrogación de las sanciones administrativas aprobado por la Sala, adoptándose uno que, en sus efectos, es idéntico al del proyecto patrocinado por el Ejecutivo.

Sin embargo, este modelo de *coordinación* no resuelve adecuadamente el problema del *bis in idem*, tratándose de sanciones de similar naturaleza y cuantía, ni se evita del todo la posibilidad de sentencias contradictorias.

Por lo tanto, se propone un sistema de *coordinación* basado en la aplicación "sucesiva" y a la vez "acumulativa" de sanciones penales y administrativas, compatibles entre sí, y evitando imponer dos veces las mismas consecuencias jurídicas. La aplicación sucesiva de sanciones, garantizada con la suspensión de la prescripción penal y de la persecución administrativa, permite evitar sentencias contradictorias, riesgo que actualmente se corre tanto en el Proyecto del gobierno como en el que aquí se analiza.

Además, se propone una regla que haga aplicable a estos graves hechos las sanciones previstas para las personas jurídicas responsables de delitos, de conformidad con la Ley Nº 20.393, resolviendo los problemas del *bis in idem* y de la posibilidad de contar con sentencias contradictorias, mediante una regla de complementariedad de penas y sanciones y de subsidiariedad en la persecución, similar a la regla de coordinación ya explicada.

3. Conclusiones y propuesta

En definitiva, y de conformidad con lo señalado en los apartados anteriores, habiéndose permitido la libertad de sugerir modificaciones que perfeccionen el proyecto contemplado en la Moción analizada, serían las siguientes:

1. **Art. 1º. Sustituirlo por el siguiente:**

"Artículo 1º. Agréguese el siguiente nuevo párrafo 7 bis al Título VI del Libro II del Código Penal:

"§ 7 bis. De los atentados punibles contra la libre competencia

Art. 287 bis. el que celebre, ejecute acuerdos **o prácticas** con uno o más de sus competidores para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas y órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo **y multa de 25 a 100 unidades tributarias mensuales.**

Asimismo, será castigado con la pena de inhabilitación absoluta temporal, en su grado máximo, para desempeñar cargos u oficios públicos y, además y por el mismo lapso, cargos de director o gerente en empresas del Estado, cargos de director o gerente en sociedades anónimas abiertas, así como cualquier cargo directivo en asociaciones gremiales o colegios profesionales.

Se impondrá el grado mínimo o el mínimum, en su caso, de las penas señaladas en los dos incisos anteriores al que proponga a un competidor la celebración o ejecución de los acuerdos o prácticas a que hace referencia el inciso primero de este artículo; y al que ordene o induzca de cualquier otro modo a otro a proponer a un competidor tales hechos, en su nombre o en el de la persona jurídica en que se desempeña, aunque la proposición no se haya efectuado.

Para fijar la sanción aplicable, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal y, en su lugar, determinará su cuantía dentro de los límites de cada pena señalada por la ley al delito, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. En consecuencia, el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al delito, salvo lo dispuesto en los artículos 51 a 54, 72, 73 y 103 del Código Penal, en la ley Nº20.084 y en las demás disposiciones de esta ley y de otras que otorguen a ciertas circunstancias el efecto de aumentar o rebajar dicha pena.

No será aplicable lo previsto en la ley Nº 18.216, salvo en los casos en que en la determinación de la pena se hubiere considerado la circunstancia primera establecida

en el artículo 11 del Código Penal, o que, acreditándose la circunstancia novena de dicho artículo, se cuente con el acuerdo expreso del fiscal regional del ministerio público que corresponda.

Estará exento de responsabilidad penal por el delito previsto en este artículo el que aporte a la Fiscalía Nacional Económica, antecedentes que conduzcan a su acreditación y a la determinación de sus responsables.

Para acceder a este beneficio, el responsable de la conducta deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1.- Los establecidos en los incisos segundo y tercero del artículo 39 bis del Decreto con Fuerza de Ley Nº 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto ley Nº 211, de 1973. El cumplimiento de estas condiciones será determinada a juicio exclusivo por el Fiscal Nacional Económico, mediante una resolución fundada**, la que se comunicará al tribunal y al fiscal del ministerio público que correspondan.**

2.- Proporcionar al Ministerio Público y al tribunal competente los mismos antecedentes que previamente entregó a la Fiscalía Nacional Económica, prestando para ello declaración en calidad de testigo en la primera oportunidad en la que sea citado a declarar por el Fiscal encargado de la investigación a que haya dado origen la denuncia o querella presentada por la Fiscalía Nacional Económica.

Quien intente acogerse a los beneficios de este artículo presentando, a sabiendas, antecedentes falsos o fraudulentos, no gozará de la exención de responsabilidad penal que establece este artículo y será sancionado, **además,** con la pena de presidio menor en su grado máximo. Esta sanción se acumulará materialmente a la que corresponda según lo dispuesto en este artículo.

La exención de responsabilidad penal establecida en este artículo no impedirá perseguir la responsabilidad **civil** derivada de este ilícito.

Art. 287 ter. Las investigaciones de los hechos señalados en el artículo anterior deberán ser iniciadas previa **querella** formulada por la Fiscalía Nacional Económica.

La interposición de la querella **suspenderá**, **respecto del o los querellados,** el procedimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para conocer o continuar conociendo y fallar las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley. **Condenado el responsable de tales hechos en sede penal, no podrá discutirse ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la existencia de los hechos que fundamentaron la condena ni la responsabilidad que en ellos le cabría, pero podrán imputarse a las sanciones a imponer, según su naturaleza y cuantía, las penas impuestas en sede penal. En este caso, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se abstendrá de imponer sanciones cuya naturaleza, duración y cuantía sean idénticas a las penas efectivamente impuestas, o**

reducirá su duración o cuantía, según el caso, hasta el tiempo y monto de las fijadas por los tribunales con competencia en lo penal.

Si la querella se interpusiere después de sancionado el querellado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, las sanciones impuestas se tendrán en cuenta en la determinación de su naturaleza y cuantía para la fijación de la pena por los mismos hechos. En estos casos, el tribunal con competencia en lo penal se abstendrá únicamente de imponer penas cuya naturaleza, duración y cuantía sean idénticas a las sanciones administrativas impuestas, o reducirá su duración o cuantía, según el caso, hasta el tiempo y monto que hubiese sido impuesto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

La prescripción de la acción penal se suspenderá por todo el tiempo que dure el proceso ante la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

En los casos en que el Fiscal Nacional Económico haya resuelto interponer querella ante el Ministerio Público por los hechos sancionados en este artículo, deberá informar en el mismo acto al órgano persecutor la circunstancia de haber obtenido autorización judicial para realizar una o más de las medidas a que se refieren los numerales 1 a 4 del literal n) del artículo 39, así como el hecho de haber realizado o no dichas diligencias o de encontrarse éstas pendientes o en ejecución, debiendo remitir, a requerimiento del Ministerio Público, conjuntamente con la copia del expediente administrativo, copia de los registros y antecedentes obtenidos a partir de dichas actuaciones, para su utilización en el proceso penal.

Para los efectos de su incorporación al proceso penal, no se aplicará lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal a las copias de los registros y antecedentes que hayan sido recabados por la Fiscalía Nacional Económica, a partir de diligencias realizadas con autorización de un Ministro de Corte de Apelaciones, **de conformidad con lo dispuesto en el Decreto con Fuerza de Ley Nº 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley Nº 211, de 1973.**

Artículo 287 quáter.- La querella a que se refiere el artículo anterior podrá hacerse extensiva a la persona jurídica en cuyo beneficio se hubiesen realizado las conductas punibles según el artículo 287 bis. En ese caso, se aplicará a su respecto lo dispuesto en la Ley Nº 20.393, con las siguientes modificaciones:

1. La interposición de la querella suspenderá, respecto del o los querellados, el procedimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para conocer o continuar conociendo y fallar las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley. Condenado el responsable de tales hechos en sede penal, no podrá discutirse ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la existencia de los hechos que fundamentaron la condena ni la responsabilidad que en ellos cabría a los condenados, pero podrán imputarse a las sanciones a

imponer, según su naturaleza y cuantía, las penas impuestas en sede penal, en la forma prevista en el número siguiente.

2. Si la querella se interpusiere después de sancionadas la o las personas jurídica responsables por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, las sanciones impuestas se tendrán en cuenta en la determinación de su naturaleza y cuantía para la fijación de la pena por los mismos hechos y respecto de las mismas personas jurídicas acusadas. En estos casos, el tribunal con competencia en lo penal se abstendrá únicamente de imponer penas cuya naturaleza, duración y cuantía sean idénticas a las sanciones administrativas impuestas, o reducirá su duración o cuantía, según el caso, hasta el tiempo y monto que hubiese sido impuesto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.”

3. La prescripción de la acción penal se suspenderá por todo el tiempo que dure el proceso ante la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

2. Art. 2º.- Suprimido

3. Art. 3º.- Suprimido

Es todo cuanto puedo informar,

Saluda Atte. a Ud.,

Jean Pierre Matus