**Modifica el decreto ley N°211, de 1973, que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia, en materia de persecución penal del delito de colusión**

**Boletín N°11064-07**

**Idea matriz del proyecto**

Eliminar la restricción que se impone para la persecución penal del delito de colusión, en orden a exigir querella del Fiscal Nacional Económico como requisito de procesabilidad para la persecución del delito de colusión.

**Antecedentes generales**

Recientemente el Congreso Nacional aprobó la ley N°20.945 que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia.

Dicha iniciativa consagró una serie de innovaciones, entre las que se cuentan las siguientes:

En materia de colusión, se aumenta el monto máximo de las multas[1]; se prohíbe al sancionado contratar a cualquier título con órganos de la Administración del Estado; se fortalece la delación compensada[2]; se elimina la exigencia de que el acuerdo o la práctica concertada confieran poder de mercado para sancionar ilícitos de colusión y ajuste del tipo infraccional de colusión a las hipótesis de los denominados "carteles duros" y se criminaliza nuevamente la colusión. Sobre esto último cabe recordar que Ley de Defensa de la Libre Competencia contempló desde el año 1959 al año 2003 la sanción de presidio menor en cualquiera de sus grados (61 días a 5 años) respecto de quienes atentaran en contra de la libre competencia. "*Esta sanción nunca se aplicó producto de la ausencia de una cabal conciencia acerca de la gravedad de estos ilícitos, así como de la falta de una institucionalidad adecuada para hacer frente a casos de alta complejidad y, finalmente, fue derogada en el año 2003 por la ley N° 19.911*."[3]

También la referida ley contiene una serie de modificaciones en materia de control preventivo y obligatorio de fusiones u operaciones de concentración; incluye un régimen específico de control de operaciones de concentración en la Ley de Defensa de la Libre Competencia; define qué operaciones están sujetas al control de operaciones de concentración e incorpora un sistema claro de notificación de ellas, entre otras modificaciones.

Asimismo, se otorga una nueva facultad de la Fiscalía Nacional Económica para realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados.

Por último, también se incorporan sanciones para quienes entorpezcan las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica.

**<u>Breve repaso a la historia de la ley N°20.945.</u>**

---

[1] Se faculta al TDLC para aplicar multas que asciendan al treinta por ciento de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción.

[2] "Artículo 39° bis.- El que intervenga en alguna de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° podrá ser eximido de la disolución contemplada en la letra b) del artículo 26 y obtener una exención o reducción de la multa a que se refiere la letra c) de dicho artículo, en su caso, cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.".

[3] Informe de la Comisión de Economía del Senado recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia, boletín 9950-03.

Las principales modificaciones introducidas en el Senado, en el segundo trámite constitucional al proyecto decían relación básicamente con con las participaciones cruzadas entre competidores, la designación del Presidente del TDLC, el aumento del tope máximo de las multas por infracciones anticompetitivas cuando no es posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el aumento de multas por dilatar la entrega de información solicitada por la FNE, la determinación de umbrales de ventas a los que está sujeto el deber de notificar a la FNE las operaciones de concentración y la criminalización de la colusión.

Respecto de la criminalización de la colusión, el Senado mantuvo los principios aprobados por la Cámara de Diputados de cárcel efectiva de a lo menos un año, para autores del delito de colusión, inhabilidades para desempeñar cargos públicos, protección de la delación compensada, por considerarla indispensable para desbaratar una eventual colusión, y dejó a la Fiscalía Nacional Económica como el órgano encargado de ejercer la acción penal a través de una querella.

Además se perfeccionaron las siguientes disposiciones aprobadas por la Cámara de Diputados:

a) Se amplió el tipo penal en hipótesis de colusión en licitaciones "públicas" a licitaciones convocadas por órganos públicos y no sólo de la Administración del Estado, y se incluyó a los acuerdos que afecten licitaciones convocadas por empresas privadas prestadoras de servicios públicos.

b) Se aumentó la pena de inhabilitación de "hasta 5 años" a "7 años y 1 día a 10 años".

c) Para dotar de mayor certeza a la delación compensada, se condicionó el ejercicio de la acción penal a una sentencia condenatoria firme del TDLC.

d) Los beneficios de exención de responsabilidad penal (primer delator) y de reducción de la pena en un grado (segundo delator) los conferirá el TDLC.

e) En la colusión que involucre a sólo dos competidores, únicamente el primer delator no tendrá pena de cárcel efectiva.

f) Se establece el deber explícito de los delatores de colaborar en el proceso penal.

Sin embargo, más allá de lo recién expuesto, el Ministerio Público hizo presente su discrepancia respecto de la propuesta contenida en el proyecto, en orden a consagrar que "*Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62*[4] *sólo se podrán iniciar por querella formulada por la Fiscalía Nacional Económica, la que podrá interponerla una vez que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sin que sea admisible denuncia o cualquier otra querella. Para estos efectos, no se aplicará lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal*."

Vale decir, la ley N°20.945 exige para la apertura de un proceso criminal los siguientes requisitos:

a) Sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y

[4] Artículo 62°.- El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, 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, u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

b) Querella formulada por la Fiscalía Nacional Económica, la que se podrá interponer una vez que la existencia del acuerdo de colusión haya sido establecida por la citada sentencia definitiva.

Esta moción pretende recoger la opinión esgrimida por el Ministerio Público sobre esta materia.

**Argumentos y propuestas efectuadas por el Ministerio Público respecto de restricción impuesta para perseguir el delito de colusión.**

La ley N°20.945 volvió a criminalizar el delito de colusión, asociando a ese ilícito una pena que partirá desde el presidio menor en su grado máximo (tres años y un día) a presidio mayor en su grado mínimo (diez años).

Pese a ello, en la ley se establecieron reglas que, de acuerdo a lo que se afirma en el oficio del Fiscal Nacional del Ministerio Público, N°343, de 8 de junio de 2016, dirigido a la Presidenta de la Comisión de Economía de la Cámara, "*relativizan la posibilidad de imponer una sanción penal a los responsables del diseño o implementación de un acuerdo colusorio, al condicionar la apertura de un proceso penal a una decisión de la autoridad administrativa."*

*"....La mencionada determinación, entonces, queda entregada al completo arbitrio de la autoridad en materia de libre competencia, sin que se establezcan reglas o criterios legales que entreguen algún tipo de orientación al Fiscal Nacional Económico o que hagan forzosa la iniciación de un proceso penal, al menos en los casos más graves de colusión. La única restricción para la amplia discrecionalidad que se establece respecto del ejercicio de la querella criminal, se encuentra en el inciso segundo de la mencionada norma* (que pasó a ser tercero*), inciso que exige la emisión de una resolución fundada en los casos en que el Fiscal Nacional Económico decida no ejercer tal facultad.*[5]

"*El mecanismo descrito importa la consagración de un régimen excepcionalísimo en el derecho administrativo chileno, que será aplicable sólo en el contexto de un de un ilícito de tipo socio económico de tanta gravedad como lo es el delito de colusión, en el que no sólo se restringe la libre competencia, perturbando el buen funcionamiento de los mercados, sino que de manera simultánea se afecta a la comunidad en general*."

Más adelante se agrega que esta doble exigencia a la que antes se aludió "…*restringe fuertemente la posibilidad de aplicación de las penas consagradas en el artículo 61* (62)".

La exigencia de presentación de una querella por parte del Fiscal Nacional Económico "*altera de manera más llamativa la reglas del Derecho Público chileno, al entregar la determinación de la aplicabilidad o inaplicabilidad de una norma legal a la decisión discrecional de una autoridad administrativa*."[6]

Por último se señala en el referido oficio que "…*es claro que, en los hechos, se le está entregando a la autoridad administrativa la función de realizar una valoración respecto de la existencia de un hecho que reviste caracteres de delito. Ello se confirma por la circunstancia que el Fiscal Nacional Económico deberá fundamentar su decisión de no presentar querella por hechos que, habiendo sido establecidos ante el Tribunal de la Libre Competencia, han servido de fundamento a una sentencia condenatoria en el ámbito administrativo sancionatorio."*

Por su parte, en el oficio N°316, de mayo del año en curso, el Ministerio Público señalaba que *"La mencionada determinación* (iniciar la investigación penal del delito de colusión),

[5] Posteriormente en la Comisión Mixta se incorporó el siguiente inciso segundo: "El Fiscal Nacional Económico deberá interponer querella en aquellos casos en que se tratare de hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados.".

[6] Cabe reconocer que esta afirmación se ve matizada por la incorporación del inciso segundo al que se alude en el anterior pie de página.

*entonces, queda entregada al completo arbitrio de la autoridad en materia de libre de competencia, sin que se establezcan reglas o criterios legales que entreguen algún tipo de orientación al Fiscal Nacional Económico o que hagan forzosa la iniciación del proceso penal, al menos, en los casos más graves de colusión. La única restricción para la amplia discrecionalidad que se establece respecto del ejercicio de la querella criminal, se encuentra en el inciso segundo de la mencionada norma, inciso que exige la emisión de una resolución fundada en los casos en que el Fiscal Nacional Económico decida no ejercer tal facultad.*

*El mecanismo descrito importa la consagración de un régimen excepcionalísimo en el de derecho administrativo chileno, que será aplicable sólo en el contexto de un ilícito de tipo socio-económico de tanta gravedad como lo es el delito de colusión, en el que no solo se restringe la libre competencia, perturbando el buen funcionamiento de los mercados, sino que de manera simultánea se afecta a la comunidad en general. En fin, no puede discutirse en este punto, que la consagración a nivel penal de esta conducta revela la preocupación por el bienestar económico del país y la sociedad, sin embargo, la entrega de la facultad de iniciar el proceso penal a la discrecionalidad de la autoridad administrativa, se presenta como una contradicción a esa señal potente que se ha buscado."*

Anteriormente, por oficio N°433, de 6 de julio de 2015, el entonces Fiscal Nacional, señor Sabas Chahuán, en oficio dirigido a la Comisión de Economía de esta Corporación, sostenía que "*De prosperar, la norma propuesta importaría una grave deformación del sistema penal. Como veremos a continuación, cada uno de los incisos que contiene la presente disposición, van minando, progresivamente, los principios básicos sobre los que se construye nuestro sistema penal. De hecho, no es posible observar una norma similar a éste en el ordenamiento jurídico-penal comparado. Al mismo tiempo, varios indicios plantean serios problemas de constitucionalidad.*

*En primer lugar, la norma altera el régimen normal de las acciones penales, instituyendo una acción penal previa instancia particular, fuera de las razones que históricamente han justificado dicha institución. Y es que como señalan Horvitz y López, el establecimiento de delitos de acción penal mixta importa "de alguna manera, una declaración del Estado acerca de la existencia de delitos en que el compromiso del interés público es menor y, por lo tanto, la persecución pasa a depender de un acto voluntario del ofendido" .*

*En el mismo sentido, cabe invocar lo consignado por el profesor trasandino Alberto Binder, respecto del régimen de acción penal previa instancia particular. Para este autor, en la mencionada categoría:*

*"…se reconoce a la víctima la facultad no sólo de poner en marcha el proceso sino de condicionar mediante su voluntad inicial la acción posterior del Estado. De esta manera, si la víctima no autoriza la persecución penal, el Ministerio Público no puede hacerlo por sí mismo. Este tipo de acción se reserva para delitos en los que, si bien por su gravedad existe un interés estatal en la persecución de oficio, igualmente hay una preeminencia de afectación de bienes individuales, como por ejemplo todo lo que tiene que ver con el Derecho penal que protege la libertad sexual "*

*La posición de los referidos autores se ve reflejada en nuestro sistema procesal penal. Es así como el artículo 54 del CPP define los delitos a los delitos de previa instancia particular como aquellos en los cuales "no podrá procederse de oficio, sin que al menos, el ofendido por el delito hubiere denunciado el hecho a la justicia, al ministerio público o a la policía". Asimismo, dicha norma contempla dentro del catálogo de delitos de acción penal previa instancia particular solamente ciertos tipos de lesiones (las de menor gravedad); la violación de domicilio; la violación del deber de secreto que recae sobre abogados y empleados públicos respecto de la información que posean sobre particulares; las amenazas; los delitos contra la propiedad industrial; la comunicación de secretos de fábrica y los otros que las leyes le otorgue tal calidad como es el caso de los delitos sexuales contemplados entre los artículos 361 y 366 quáter del Código Penal. Como se puede apreciar, en todos estos delitos se protegen bienes jurídicos de carácter*

*individual y es posible reconocer un alto grado de discrecionalidad a la víctima que los ha sufrido, debido a que los hechos que la afectaron mantienen una estrechísima vinculación con su intimidad, libertad o patrimonio.*

*Pues bien, ¿es éste el caso del delito de colusión?; ¿puede afirmarse seriamente que el delito de colusión protege un bien jurídico de carácter individual?; ¿puede atribuirse a la Fiscalía Nacional Económica el carácter de titular de ese supuesto bien jurídico individual, y en dicha medida, asignársele el carácter de "ofendido por el delito" o "víctima"?.*

*La respuesta a todas estas preguntas es trivialmente negativa: Un delito de colusión no es un delito que protege meramente intereses individuales sino eminentemente colectivos; por otra parte, si bien la F.N.E. constituye una agencia estatal de innegable importancia para nuestro país, sin duda alguna, no puede ser calificada como propietaria del bien jurídico afectado por la formación de los carteles. ¿Por qué razón otorgarle, entonces, este inusual trato al delito de colusión? .*

*Incluso en el caso de los delitos tributarios se podrían esgrimir razones para justificar la inclusión de dichos ilícitos en el catálogo de delitos de acción de previa instancia particular. Y es que, lo afectado en esos casos es el patrimonio fiscal, y tal como lo señala inciso 2° del artículo 162 del Código Tributario, la representación o defensa del Fisco le corresponde al SII, organismo que, de acuerdo a la misma norma, podrá ejercer los derechos establecidos en beneficio de la víctima de conformidad con lo dispuesto en el Código Procesal Penal. Pero, aún en el caso de los delitos tributarios, existen enormes cuestionamientos que, como es de público conocimiento, han motivado la presentación de sendos proyectos de ley que pretenden cambiar este régimen especial de inicio del procedimiento penal - .*

*En suma, para el delito de colusión, no existen razones que permitan fundamentar un tratamiento procesal especialísimo que restrinja la persecución de este ilícito, al asignarle la calidad de delito de acción previa instancia particular."*

Más aún, la propia Corte Suprema, en el oficio N°52-2015 de fecha 28 de abril de 2015 señaló que "*sin perjuicio que la criminalización del delito de colusión integra una política del orden público económico, no aparece clara la razón por la que las investigaciones de los hechos para configurar este ilícito sólo deban iniciarse por querella de la Fiscalía Nacional Económica, sustrayendo de este cometido al Ministerio Público que tiene asignada en general la exclusividad en la investigación de los delitos. (Artículo 83 de la Constitución Política de la República y 1° de la Ley N° 19.640*)".

Tales argumentos fueron desestimados por el Ejecutivo y por la mayoría del Congreso Nacional.

A quienes suscribimos la presente moción nos asiste la convicción de la necesidad de fortalecer la persecución penal del delito de colusión. Al parecer, esta deleznable práctica ha sido utilizada de manera más frecuente a la esperada.

Hace poco más de un año, un representante de uno de los grupos empresariales más importantes del país, a raíz de un caso de colusión señalaba que *"Quiero pedirles perdón no solamente a los empresarios sino a la opinión pública, y, en especial a los consumidores y a mis colaboradores por estos hechos repudiables. Solo me queda comprometerme a trabajar porque algo así nunca más vuelva a suceder en nuestro compañía*".

Hoy la ciudadanía se entera con estupor que ese mismo conglomerado económico había incurrido en esa misma acción en otro rubro.

A nuestro entender, en delitos de esta entidad es necesario mantener la acción penal pública sin limitaciones o restricciones de ninguna naturaleza.

En materia de legitimación activa para deducir querellas criminales por un hecho, la regla general es que solo puede ejercer la acción penal la víctima, excepto determinados delitos en los que, por verse comprometido el interés de la sociedad toda tras el bien protegido por el tipo penal, se admite que la acción penal sea de titularidad pública. Así ocurre por ejemplo en los delitos contra la probidad, porque el bien jurídico comprometido afecta a la sociedad toda.

En el delito de colusión no solo se afecta al mercado, sino que también, al elevar artificialmente los precios, existe un daño patrimonial a determinadas personas, a las que se les cobro precios artificialmente elevados. Asimismo, como consecuencia de la misma conducta, los perjudicados pueden ser aquellos competidores que a través de dichas conductas fueron expulsados del mercado. Por tanto, la víctima o el ente afectado no solo es el mercado, sino que personas precisas y determinadas, sean consumidores o la competencia de los coludidos. Con la presente iniciativa se pretende que al menos el Ministerio Público pueda iniciar de oficio la investigación, sin sujetarse a la voluntad de un ente administrativo, como la Fiscalía Nacional Económica. Para un futuro debate quedará entonces el resolver si se otorga o no acción penal pública para perseguir este tipo de delito que tanto repudio genera en la ciudadanía.

Además cabe hacer presente que al conducir la Fiscalía Nacional Económica la investigación de manera exclusiva, sin que el Ministerio Público pueda acceder a ella, no es de extrañar que cuando se alleguen los antecedentes al ente persecutor penal, la conducta investigada ya se encuentre prescrita.

Por ello, creemos necesario recoger la propuesta efectuada en su oportunidad por el Ministerio Público, con modificaciones menores que no alteran el fondo, la que se basa en los siguientes fundamentos:

"1*) La acción penal pública respeta el principio constitucional establecido en el artículo 83 de la Constitución Política de la República al entregar la investigación del delito de colusión al único ente autorizado para estos efectos como es el Ministerio Público. Al mismo tiempo, la mantención de este principio permite garantizar de mejor manera la vigencia del principio de igualdad ante la ley para todos los ciudadanos."*

*"3) El establecimiento de una suspensión condicional del procedimiento permitirá que el Ministerio Público lleve a juicio oral sólo a aquellos carteles duros que inciden con mayor impacto en los mercados y en la vida económica de los ciudadanos. Dicha determinación quedará entregada al Ministerio Público y los Tribunales de Garantía, competentes en lo penal y se deberán imponer condiciones obligatorias destinadas a reparar el daño causado y mejorar los controles de las empresas involucradas de manera que se puedan evitar nuevas infracciones a la libre competencia."*[7]

En virtud de lo expuesto, los diputados abajo firmantes vienen en proponer el siguiente

[7] Oficio N°375, del 21 de junio de 2016, dirigido por el Fiscal Nacional del MP al Presidente de la Comisión Mixta.

**PROYECTO DE LEY**

**Artículo único:** Modificase el decreto ley Nº211, de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción:

1.- Incorpórase en el artículo 62 los siguientes incisos quinto y sexto:

"**Sin perjuicio de lo señalado en los incisos precedentes, el Ministerio Público podrá aplicar la suspensión condicional del procedimiento, cuando la pena que pudiere imponerse al imputado no excediere de presidio menor en su grado máximo y el acuerdo ilícito no hubiere afectado gravemente a los mercados.**

**Para estos efectos, el fiscal del Ministerio Público deberá contemplar como condición necesaria, al menos, aquella dispuesta en la letra e) del artículo 238 del Código Procesal Penal[8]. Al mismo tiempo, podrá contemplarse en dicho acuerdo la obligación de implementar programas de cumplimiento de las normas de libre competencia, los que deberán ser visados por la Fiscalía Nacional Económica y otras medidas que tiendan a evitar riesgos futuros de un comportamiento empresarial que no se ajuste a las normas que protegen la libre competencia. También podrán imponerse otras medidas tendientes a reparar el daño sufrido por los consumidores.".**

2.- Sustitúyese el inciso primero del artículo 64 por el siguiente:

**"Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62 solo se podrán iniciar de oficio por el Ministerio Público o por querella formulada por la Fiscalía Nacional Económica, sin que sea admisible denuncia o cualquier otra querella.**".

**OSVALDO ANDRADE LARA**
**DIPUTADO**

**LAUTARO CARMONA SOTO**
**DIPUTADO**

**ALDO CORNEJO GONZÁLEZ**
**DIPUTADO**

[8] e) Pagar una determinada suma, a título de indemnización de perjuicios, a favor de la víctima o garantizar debidamente su pago. Se podrá autorizar el pago en cuotas o dentro de un determinado plazo, el que en ningún caso podrá exceder el período de suspensión del procedimiento;