

COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY QUE FORTALECE LA INVESTIGACIÓN Y PERSECUCIÓN DE CARTELES Y QUE AUMENTA LAS PENAS PARA DELITOS DE COLUSIÓN

Julio Pellegrini Vial y Diego Ramos Bascuñán

Comentarios al Proyecto de ley que fortalece la investigación y persecución de carteles y que aumenta las penas para delitos de colusión

Mayo 2020



Julio Pellegrini Vial

Abogado de la P. Universidad Católica de Chile y LL.M. de la Universidad de Chicago. Actualmente es profesor de Derecho Civil y del Diplomado de Libre Competencia de la P. Universidad Católica de Chile. También ha sido profesor de de Análisis Económico del Derecho en la misma casa de estudios. Es árbitro del Centro de Arbitrajes y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago y del Centro Nacional de Arbitrajes. Socio de Pellegrini & Cía.



Diego Ramos Bascuñán

Abogado de la P. Universidad Católica de Chile. Tiene un LL.M. de la Universidad de Stanford y un diplomado en Derecho de la Libre Competencia en la P. Universidad Católica de Chile. Actualmente es profesor del Taller de Arbitraje y Litigación Internacional en dicha casa de estudios. Asociado de Pellegrini & Cía

El pasado 13 de marzo de 2020 el presidente Sebastián Piñera presentó un proyecto de ley con el propósito de fortalecer la investigación y persecución de carteles y que aumenta las penas para los delitos de colusión (el “Proyecto”), que se encuentra en actual tramitación ante la H. Comisión de Economía de la Cámara de Diputados bajo el Boletín N°13312-03¹. El Proyecto viene a materializar el anuncio realizado en diciembre del año pasado en el marco de la denominada “agenda antiabusos” que apuntaba a combatir con mayor dureza los distintos abusos en los mercados, con especial énfasis en el aumento de las sanciones a los delitos de colusión².

El Proyecto despeja varias dudas que había dejado el anuncio del presidente y contiene modificaciones sustanciales al Decreto Ley N°211 (DL 211) que fija las normas para la defensa de la libre competencia en nuestro país. Muchas de ellas son sumamente destacables y útiles para fortalecer la labor investigativa, persecutoria y sancionatoria del atentado más grave con la competencia como lo es la colusión.

Pues bien, el Proyecto presentado por el presidente Piñera se estructura sobre la base de cuatro grandes pilares: (i) el fortalecimiento de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) a través de nuevas herramientas para prevenir, investigar y denunciar los carteles; (ii) el aumento de las sanciones penales para los delitos de colusión que recaigan sobre bienes y servicios de primera necesidad; (iii) la creación de la figura del denunciante reservado; y, (iv) otras modificaciones para facilitar la labor de la autoridad de competencia en la persecución, sanción y fiscalización de conductas anticompetitivas.

El presente artículo se dedica a analizar las modificaciones contenidas en el Proyecto, con observaciones y comentarios que podrían permitir perfeccionarlas y adecuarlas de manera de lograr que la labor de la autoridad de competencia sea más eficaz y que las herramientas que ya contempla el DL 211 para la persecución de carteles no se vean afectadas.

1 El Proyecto y el mensaje del presidente Piñera se encuentran disponibles en la página web de la Cámara de Diputados bajo el siguiente link: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=13852&prmBOLETIN=13312-03>.

2 Agradecemos al Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibañez (CeCo) por publicarnos una breve opinión sobre el anuncio de la “agenda antiabusos” del presidente Piñera en diciembre del año 2019. Julio Pellegrini y Diego Ramos. “Agenda Antiabusos’ y Libre Competencia”, *Investigaciones CeCo* (enero, 2020), <https://centrocompetencia.com/agenda-antiabusos-y-libre-competencia/>.

I. FORTALECIMIENTO DE LAS FACULTADES DE LA FNE PARA LA PERSECUCIÓN DE CARTELES

A modo de contexto, es importante destacar que ya desde el año 2009 la Fiscalía cuenta con amplias facultades intrusivas para detectar y perseguir carteles³, lo que sumado a la introducción de la figura de la delación compensada ha convertido a la agencia de competencia en una de las más eficientes de la región. De esa manera, no podemos olvidar en ningún momento que la FNE ya tiene a su disposición una serie de herramientas para investigar y perseguir carteles que ha demostrado ser sumamente útil y eficiente.

Ahora bien, como primera medida el Proyecto propone la introducción de nuevas herramientas para la persecución de carteles, entre ellas (i) el alzamiento del secreto bancario y la reserva bancaria; (ii) la implementación de nuevas técnicas de investigación; (iii) la imposición de sanciones a quienes entorpezcan las medidas de entrada y registro, y oculten o destruyan evidencia; y, (iv) la designación anual de dos ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago para resolver las solicitudes de medidas intrusivas en el marco de las investigaciones de la FNE.

El propósito que existe detrás de esta medida es sumamente beneficioso y digno de destacar. Al día de hoy prácticamente nadie discute la importancia de dotar a la Fiscalía de todas las herramientas que sean necesarias para poder detectar a tiempo los carteles, por lo que cualquier esfuerzo por conseguir ese fin es bienvenido. Precisamente por lo anterior, desde ya hacemos presente que compartimos íntegramente la medida del literal (iii) anterior. La redacción actual del DL 211, en particular de la letra h) del artículo 39, podría dejar, como indica el mensaje del presidente Piñera con el que se inicia el Proyecto “[...] *un vacío de punición respecto de otras formas de obstrucción a una investigación de la Fiscalía Nacional Económica, en particular, aquéllas perpetradas en el contexto de una diligencia de entrada, registro e incautación*”⁴, por lo que se hace necesario sancionar la destrucción u ocultamiento de especies a propósito de un registro de la FNE.

Por otra parte, creemos que las restantes medidas merecen comentarios u observaciones para que puedan servir eficazmente para detectar y perseguir carteles, según se explica a continuación:

A. ALZAMIENTO DEL SECRETO BANCARIO Y LA RESERVA BANCARIA

En este punto el Proyecto propone modificar el literal n) del artículo 39 del DL 211 agregando un nuevo literal “n.7)” que faculta a la FNE a “[r]equerir a las instituciones bancarias la remisión de todos aquellos antecedentes relativos a operaciones que tengan relación directa con la investigación, sobre los depósitos, captaciones u operaciones de cualquier naturaleza que hayan efectuado personas, comunidades, entidades o asociaciones de hecho determinadas que sean objeto de la investigación y que se relacionen con aquella”⁵.

3 Conforme al artículo 39 letra n) del DL 211, estas nuevas facultades intrusivas, le permiten a la FNE, entre otras cosas, entrar y registrar recintos públicos y privados, con facultades de allanamiento y descerrajamiento, interceptación de toda clase de comunicaciones, incautación de cualquier medio de acreditación de la infracción, y la obtención de copias y registros de comunicaciones transmitidas o recibidas por empresas de telecomunicaciones.

4 “Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que fortalece la investigación y persecución de carteles y que aumenta su pena en caso que indica”, 8, https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13312-03.

5 “Mensaje de S.E. el Presidente de la República”, 23.

De la norma propuesta se desprende que la información a solicitar solo debiese incluir el período durante el cual se extendió la colusión, sin embargo en ocasiones dicho espacio de tiempo puede ser difuso o no estar definido en las primeras etapas de la investigación, circunstancia que se presta para que se solicite un exceso de información, parte de ella innecesaria para la efectividad de la investigación y el esclarecimiento de los hechos.

En la gran mayoría de los casos de colusión no existen pagos entre competidores. Sin embargo, no es posible descartar que dichos pagos puedan existir y ser útiles para detectar y perseguir carteles. Si bien hay mejores indicadores para detectar una colusión (los principales son precios que superan artificialmente los de un mercado competitivo o participaciones que se mantienen inalteradas por un espacio prolongado en el tiempo) la medida podría servir para reunir prueba que complementa la evidencia que la FNE pueda reunir en uso de las demás facultades que le otorga el DL 211.

B. NUEVAS TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

En este punto, el Proyecto propone agregar dos nuevas facultades investigativas para la FNE a las ya contenidas en el artículo 39 n) del DL 211. En particular un nuevo literal "n.5)" que permite "[o]rdenar la *fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos*"⁶ y un nuevo literal "n.6)" que autoriza a la FNE a "[d]isponer la *grabación de comunicaciones entre personas presentes*"⁷. Estas nuevas técnicas de investigación se suman a la facultad que ya contempla el literal n.3) del artículo 39 que permite a la FNE autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones.

Correctamente delimitadas, estas nuevas técnicas de investigación pueden ser muy útiles para recopilar evidencia directa de la existencia y funcionamiento del cartel, que permita a la FNE litigar exitosamente el caso ante el TDLC y la Corte Suprema. Asimismo, la obtención de este tipo de prueba irrefutable de la colusión facilitará el trabajo en una eventual persecución y sanción en sede penal, cuyo estándar probatorio es más alto que el exigido en sede de competencia, según lo ha resuelto el mismo TDLC.

Atendido que la aplicación de esta medida puede importar una grave invasión de la esfera privada de las personas, protegida constitucionalmente, su uso debe ser excepcional y solo cuando existen fundadas razones para pensar que existe un cartel. Incluso más, el ejercicio de estas nuevas facultades intrusivas requiere de antecedentes que revelen no sólo de la existencia de un cartel, sino también de su funcionamiento. De esta manera, para que la fotografía, filmación y/o grabación sea efectiva se requiere saber anticipadamente, con un alto grado de probabilidad de que existiría un cartel, quiénes serían los principales actores involucrados, así como cuándo y dónde se coordinarían entre sí. Ese conocimiento específico puede obtenerse de evidencia empírica y económica, pero indudablemente la herramienta más relevante será la delación compensada o la denuncia de un tercero.

Es precisamente por lo anterior que, si se quieren implementar estas nuevas facultades intrusivas, se deben buscar caminos o alternativas que incentiven la delación compensada y la nueva figura del denunciante reservado.

6 "Mensaje de S.E. el Presidente de la República".

7 "Mensaje de S.E. el Presidente de la República".

C. DESIGNACIÓN ANUAL DE DOS MINISTROS DE CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO PARA RESOLVER SOLICITUDES DEL ARTÍCULO 39, LETRA N)

El actual artículo 39 letra n) del DL 211 le otorga a la FNE una serie de medidas intrusivas en el marco de investigaciones de carteles. Sin embargo, conforme a dicha norma, la FNE no puede disponer libremente de dichas facultades, debiendo solicitar la autorización de un ministro de Corte de Apelaciones, con la aprobación previa del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC).

Pues bien, el Proyecto propone que se realice una designación anual de dos ministros de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago para resolver, individualmente, los asuntos relativos a la autorización de las facultades solicitadas por la FNE para investigar carteles. De esa manera, según indica el mensaje presidencial, se hará *“más expedita la tramitación de dicho procedimiento”*⁸ y permitirá *“resguardar más eficazmente la confidencialidad de las investigaciones sobre las que recaen”*⁹. Además, éste sería el método que actualmente las leyes disponen para las autorizaciones que deben solicitar la Comisión para el Mercado Financiero y la Unidad de Análisis Financiero.

Al respecto creemos que puede ser útil que se designen ministros determinados para realizar anualmente esta labor. Adicionalmente, podría ser recomendable modificar el artículo 39 de manera que en caso de que se deniegue la medida esta pueda ser revisada conjuntamente por tres ministros de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago y no solo uno. Una decisión colegiada permitirá generar mayor debate y discusión a la hora de decidir otorgar o denegar la autorización solicitada, cuestión que se vuelve aún mas necesaria considerando las nuevas facultades intrusivas que se le pretende otorgar a la FNE.

Con lo anterior no se busca que el proceso sea más engorroso ni menos expedito, sino que un órgano colegiado sea el que tome una decisión, considerando los derechos de los investigados que pueden verse vulnerados por el ejercicio de estas facultades. Sería útil que exista la oportunidad de revisar la decisión de negar a la Fiscalía la utilización de una herramienta investigativa, que puede ser esencial y fundamental para el éxito de la investigación.

II. AUMENTO DE LAS SANCIONES PARA LOS DELITOS DE COLUSIÓN

En segundo lugar, el Proyecto incorpora al artículo 62 del DL 211 una figura agravada de colusión referida a aquellos casos en que el acuerdo entre competidores recaiga sobre bienes o servicios de primera necesidad. De esa manera, para ese tipo de colusiones se aumenta la pena mínima actual de 3 años y un día, a 5 años y un día.

Según el mensaje presidencial la razón del incremento de la pena radica en el hecho de que *“[...] una colusión que recaiga sobre estos bienes o servicios implica un injusto social más grave, al perjudicar con mayor fuerza a los sectores más vulnerables de nuestra sociedad, lo que implica un atentado contra la libre competencia que debe ser sancionado con mayor severidad que otros casos de colusión”*¹⁰.

8 “Mensaje de S.E. el Presidente de la República”, 9.

9 “Mensaje de S.E. el Presidente de la República”.

10 “Mensaje de S.E. el Presidente de la República”, 12.

Creemos que la medida propuesta implica la imposición de una sanción penal que puede ser en extremo gravosa, porque en aplicación de nuestra ley penal supone la imposibilidad absoluta de aplicar alguna pena sustitutiva de aquellas contempladas en la Ley N°18.216¹¹. En otras palabras, se trata de una pena privativa de libertad efectiva de un mínimo de 5 años y un día. En este sentido, es del caso tener presente que la pena que impone la ley vigente es suficientemente severa. A modo simplemente ejemplar, Estados Unidos, país pionero en estas materias, contempla las mismas sanciones penales que Chile, mientras que algunos países de la Comunidad Europea contemplan sanciones menores. Por ejemplo, Dinamarca sanciona la colusión con hasta seis años de prisión. Alemania, Hungría y Reino Unido hasta con cinco años. En el caso de Francia el máximo de la pena es cuatro (menos que la mitad que en Chile), mientras que en el caso de Austria la privación de libertad es de hasta tres años. De hecho, existen países europeos con larga tradición de defensa de la libre competencia que no contemplan sanciones penales específicas para infracciones a la normativa de competencia, como es el caso de Holanda y España. Además, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, muchos de los países que sí contemplan la cárcel como sanción, la limitan a los casos de colusión en licitaciones, como es el caso de Alemania, Austria, Italia, Polonia y Hungría, por nombrar algunos.

Es importante destacar además que el Proyecto no contiene una definición de qué se entenderá por “bienes y servicios de primera necesidad”, cuestión que deberá ser determinada por los tribunales de justicia de acuerdo a las circunstancias de cada caso en particular. Por otra parte, a falta de definición expresa, el Proyecto indica que para calificar un bien o servicio como “de primera necesidad” se deberá considerar, entre otros criterios, “[...] si el bien o servicio es de alta relevancia para la vida cotidiana de las personas, si es de uso masivo, o si fue grave el perjuicio causado a los consumidores por su conducta”¹². Sin embargo, lamentablemente lo anterior no soluciona el problema sino que incluso podría sostenerse que le agrega ambigüedad a la norma y le da aun más discreción al juez para resolver sobre un asunto tan delicado.

Se trata de un tema que no ha estado exento de polémica. Algunos han opinado que la norma propuesta podría tener problemas de constitucionalidad, porque al no estar la conducta suficientemente descrita en la ley podría existir una vulneración a la garantía consagrada en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, en particular en su inciso final que indica que “[n]inguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”¹³. Por otra parte, se ha opinado que definir previamente qué bienes o servicios deben considerarse como de primera necesidad genera el doble problema de rigidizar la aplicación de la norma por parte del juez y excluir de la sanción colusiones que recaigan sobre bienes o servicios que debiendo haber sido incluidos en el catálogo no lo hayan sido¹⁴.

Como se puede apreciar, es un asunto delicado y discutible. Sin embargo, dejando de lado ese debate de técnica legislativa, preocupa que el aumento de la pena, sumado al hecho de que se trata de una pena privativa de libertad efectiva y a la imposibilidad de conocer de antemano con exactitud qué bienes o servicios será catalogados como de primera necesidad podrían llegar a generar un desincentivo a la utilización de la delación compensada, que ha demostrado ser la herramienta más eficaz para detectar y perseguir carteles.

11 En efecto, conforme a los artículos 4 letra a), 8 letra a), 11 letra a), 15 letra a), 15 bis letra a) y 34 de la Ley N°18.216 no puede sustituirse ninguna pena privativa de libertad superior a cinco años por alguna de las seis penas sustitutivas que contempla la ley (remisión condicional, reclusión parcial, prestación de servicios en favor de la comunidad, libertad vigilada, libertad vigilada intensiva o expulsión).

12 “Mensaje de S.E. el Presidente de la República”, 25.

13 Al respecto, véase por ejemplo la intervención de la Confederación de la Producción y el Comercio del día 11 de mayo de 2020 ante la H. Comisión de Economía. Ponencia disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=UKHmSwljc_Q&list=PLNwLNrmA4-qP0-YM-3pP-36QnTxEBnHHrS&index=26&t=0s.

14 Véase las intervenciones del Fiscal Nacional Económico, Sr. Ricardo Riesco, y del Fiscal Nacional del Ministerio Público, Sr. Jorge Abbott, ante la H. Comisión de Economía. Ponencias disponibles en: <https://www.youtube.com/watch?v=j1CbCTBApAQ&list=PLNwLNrmA4-qP0-YM-3pP36QnTxEBnHHrS&index=83&t=0s>.

Recordemos que al día de hoy la delación compensada le permite al primer delator eximirse de las sanciones penales. Sin embargo, el segundo solo puede acceder a una rebaja de la pena, mientras que el tercero y siguientes no acceden a ningún beneficio. Quien tiene la intención de delatarse ignora si efectivamente será el primero o si alguien se delató con anterioridad (en cuyo caso no obtendrá el beneficio). Si bien existe la posibilidad de consultar a la FNE si otro miembro del cartel ya se delató (para así no denunciarse y no ir a prisión), resulta evidente que nadie va a acudir a preguntarle al potencial acusador si alguno de sus competidores ya se adelantó a denunciar una colusión. Tal consulta, en los hechos, lleva implícita una delación, que la FNE debiera investigar.

De esa manera, podría sostenerse que si aumentamos las penas para la colusión de manera excesiva, potenciales delatores se abstendrán de acudir a la FNE por temor a irse presos por prácticamente una década, eliminando los incentivos de la delación compensada. Evidentemente, dicho riesgo existe igualmente al día de hoy con las actuales sanciones penales. Sin embargo, con las nuevas penas propuestas el riesgo ya existente de desincentivar la delación sin duda que aumentará. Como ha señalado el ex Fiscal Nacional Económico, Sr. Felipe Irarrázabal, lo realmente disuasivo es que las conductas sean detectadas y perseguidas, para así poder sancionarlas.

III. EL DENUNCIANTE RESERVADO

Adicionalmente, el Proyecto propone introducir la figura del denunciante reservado, que permite que cualquier ciudadano, con su identidad protegida, pueda alertar sobre casos de colusión y delitos en el sector público y privado. Así, se complementa la delación compensada, permitiendo que cualquier persona -esté o no involucrada en el ilícito- pueda denunciar conductas anticompetitivas o ilegales. Sin duda que se trata de una medida que apunta a fortalecer las detecciones de carteles y conductas ilegales que por su propia naturaleza y características son de muy difícil detección.

En ese sentido, al igual que toda medida tendiente a mejorar y perfeccionar la detección de ilícitos, es deseable y muy bienvenida. Es destacable además el hecho que la figura permite proteger la identidad de todo aquél que denuncie cualquier conducta que afecte o pueda afectar la libre competencia, no solo carteles. Finalmente, es rescatable también el hecho que la norma propuesta incluya una sanción para todo aquél que presente una denuncia fundada, a sabiendas, en antecedentes falsos o fraudulentos para perjudicar a otros agentes económicos. De esa manera, se establece una restricción e impedimento suficiente para prevenir denuncias maliciosas o mal intencionadas, realizadas con el único propósito de dañar a una determinada compañía y/o sector del mercado.

Un aspecto que ha suscitado opiniones divididas entre los expertos¹⁵ es si el Proyecto debiese haber incluido una compensación económica para el denunciante, de manera de fomentar el uso de esta herramienta.

Lo anterior atendido que por su propia naturaleza los acuerdos entre competidores o las prácticas anticompetitivas se ejecutan de manera secreta y, por lo general, solo son conocidas por un número reducido

¹⁵ De manera ejemplar, nótese que el ex presidente del TDLC, Sr. Tomás Menchaca es de la opinión de que no debería recompensarse económicamente al denunciante anónimo. De hecho, hace tan solo algunos días declaró al diario El Mercurio lo siguiente respecto de la propuesta de recompensa al denunciante: *"Me parece un poco complejo porque puede incentivar en exceso las denuncias temerarias o incluso para ganarse unos pesos. En mi concepto, no es necesario efectuar pagos, no parece necesario ni justificable"*. Véase declaración del Sr. Menchaca en: "Gobierno propondrá pagar recompensas a quienes denuncien anónimamente delitos de colusión". *El Mercurio, Economía y Negocios*, (11 de diciembre, 2019), B 6. Por su parte, el entonces ministro del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sr. Javier Tapia, en una columna escrita para el diario La Tercera el pasado lunes 16 de diciembre indicó que para que la figura del denunciante anónimo sea *"un aporte al sistema"* es necesario que se entregue *"una buena recompensa"*. Al respecto véase: Javier Tapia, "El Denunciante Anónimo". *El Pulso, La Tercera*, (16 de diciembre, 2019), <https://www.latercera.com/pulso/noticia/el-denunciante-anonimo/940352/>.

de miembros de una compañía. Por lo mismo, las personas eventualmente habilitadas para realizar este tipo de denuncias son relativamente pocas. De hecho el mensaje que antecede al Proyecto es clarísimo en este punto cuando indica que “[d]ado el carácter eminentemente secreto de los acuerdos colusorios, y de las conductas anticompetitivas en general, los autores suelen tomar recaudos para evitar dar a conocer la conducta sino a un número muy reducido de personas dentro de sus respectivas organizaciones”¹⁶.

De esa manera, aún cuando la identidad del denunciante pueda mantenerse en reserva, las posibilidades de que luego de años de investigación y juicio se identifique al delator son altas, generando un desincentivo a exponerse a eventuales represalias de la propia empresa o grupo empresarial o de otros ejecutivos o compañías de la misma industria.

Así, para mitigar el natural desincentivo de realizar una denuncia es que se hace necesario ofrecer una recompensa al delator, aparte del resguardo de su identidad. Dicha recompensa puede ser de un monto fijo de dinero o un porcentaje de la sanción impuesta en sentencia definitiva por el TDLC y confirmada por la Excm. Corte Suprema en los casos que corresponda. Esta última modalidad es quizás preferible, toda vez que evita -o al menos reduce considerablemente- las denuncias de mala fe.

Al respecto, el destacado Profesor Francisco Agüero ya señalaba hace cinco años que “[...] uno de los puntos centrales del mecanismo whistleblower es la existencia de un beneficio monetario o recompensa por la denuncia hecha, cuestión que genera el mayor incentivo. [...] Los montos entregados corresponden a un porcentaje de la multa aplicada al infractor, lo que en materias como libre competencia o uso de información privilegiada, alcanza sumas altísimas”¹⁷.

Otra postura -que es la que ha sostenido la FNE- es que no es aconsejable que exista un incentivo económico. En este sentido, la OCDE¹⁸ así lo recomienda. La principal razón sería la creación de incentivos perversos para denunciar infundadamente, lo que genera una mayor utilización de recursos para perseguir ese ilícito.

IV. OTRAS MODIFICACIONES

Finalmente, el Proyecto contempla la introducción de cinco nuevas modificaciones al DL 211, todas ellas para reforzar la labor investigativa y fiscalizadora de la FNE. En concreto se trata de (i) medidas para resguardar la evidencia electrónica para eventuales investigaciones de la FNE; (ii) la facultad de notificar resoluciones y requerimientos de información en el marco de investigaciones de la FNE a filiales o agencias de empresas extranjeras constituidas en Chile; (iii) inclusión de Carabineros de Chile como personal requerido para asistir investigaciones de la FNE; (iv) la imposición de apercibimientos y sanciones a funcionarios públicos que no cumplan requerimientos de información de la FNE; y, (v) la creación de un cargo de jefe de división de la FNE encargado de las labores de fiscalización.

Al respecto, compartimos íntegramente todas las modificaciones planteadas, salvo la primera de ellas respecto de la cual creemos relevante realizar una serie de prevenciones y observaciones.

16 “Mensaje de S.E. el Presidente de la República”, 15.

17 Véase, Francisco Agüero Vargas, *Minuta de Propuesta de Whistleblower para la detección de prácticas de corrupción y otros ilícitos*. Centro de Regulación y Competencia, 9 de abril de 2015. Documento disponible en: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewil9tn3ntLpAhUbG7kGHVoEDX0QFjAAegQIBRAB&url=http%3A%2F%2Fwww.derecho.uchile.cl%2Fdam%2Fjcr%3A5ec74cdd-b4d5-486b-9004-ed00b84dbc22%2F18.pdf&usg=AOvVaw28NNqd93orT5O0m8xy2WRr>.

18 Véase, por ejemplo, <https://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>.

En concreto, para asegurar la eficacia de la facultad del artículo 39 letra n.4) que le permite a la FNE ordenar la entrega de copias o registros de comunicaciones transmitidas o recibidas por empresas del rubro, el Proyecto le otorga a la FNE la facultad de requerir, a cualquier proveedor de servicio, la conservación o protección de copias y registros de comunicaciones concretas, que se encuentren a su disposición por un tiempo de 90 días prorrogable hasta un máximo de 180 días.

Dichos antecedentes solo podrán ser entregados a la FNE una vez que se haya autorizado por el TDLC y el ministro de la Itma. Corte de Apelaciones. Por su parte, según indica la norma propuesta, los funcionarios de empresas de comunicaciones están obligados a prestar colaboración y guardar secreto del desarrollo de la diligencia.

Pues bien, creemos que la norma propuesta puede ser relevante para resguardar información de utilidad en la investigación de un cartel y en ese sentido la compartimos. Sin embargo, creemos también que podría ser mejorada, en particular en lo que se refiere a la autorización previa que debe obtener la FNE para hacer uso de esta herramienta.

Al respecto, el mensaje presidencial que antecede el Proyecto indica expresamente que para hacer uso de esta facultad, la FNE debe obtener autorización del TDLC, sin embargo dicha obligación no aparece de manera expresa o clara en la redacción de la norma propuesta. Por lo mismo es recomendable que se explicita que la FNE deberá obtener la autorización del TDLC de manera previa a requerirle al proveedor de servicio que conserve o proteja las copias y registros.

Además, es importante indicar que si bien la norma propuesta obliga a los funcionarios de empresas de comunicaciones a guardar secreto sobre el desarrollo de la diligencia, no existe ninguna sanción al incumplimiento de dicha obligación de confidencialidad. Así, no hay pena alguna para el funcionario que notifique la existencia de la medida al cliente afectado o a cualquier tercero, circunstancia que podría restarle toda eficacia a esta nueva herramienta investigativa.

Finalmente, respecto de la creación de un cargo de jefe de división para la fiscalización de la FNE, hacemos presente que desde abril del año 2019 ya existe una unidad especializada de fiscalización al interior de la Fiscalía que tiene por misión velar por el cumplimiento de las medidas, resoluciones y decisiones de cada una de las unidades de la FNE.

V. CONCLUSIONES

Tal como afirmamos hace algunos meses, nadie discute que todas aquellas medidas tendientes a fortalecer a la FNE en su lucha contra los carteles son bienvenidas. Y lo mismo ocurre, por ejemplo, con la creación de la figura del denunciante reservado. En ese sentido el Proyecto aporta a fortalecer nuestra institucionalidad de libre competencia y la persecución de los carteles.

Como se indicó, el Proyecto se encuentra actualmente en tramitación ante la H. Comisión de Economía de la Cámara de Diputados y deberá pasar todos los trámites legislativos para convertirse en ley. Es esperable que durante todo el proceso se vayan agregando indicaciones y propuestas de modificación que permitan robustecerlo. En esa línea el presente artículo pretende aportar elementos y observaciones para enriquecer el debate e intentar, dentro de lo posible, dar luces sobre qué aspectos deben ser reforzados.

Dejando de lado lo anterior, mención aparte merece el aumento de las sanciones penales. Reiteramos que combatir las colusiones con la mayor dureza y firmeza posible es un propósito transversal a todo sector político y socioeconómico. Los carteles afectan profundamente el núcleo de nuestro sistema de competencia y perjudican a todos los consumidores, sin distinción.

Como es lógico, una labor tan delicada e importante como lo es modificar nuestra estructura sancionatoria de libre competencia requiere analizar previamente si el sistema actual es suficiente o si, por el contrario, debe ser actualizado. Dicho trabajo analítico supone necesariamente una revisión de la efectividad y el correcto funcionamiento de nuestras instituciones para poder detectar eventuales falencias que deban ser corregidas legislativamente.

En palabras simples, antes de legislar la gran pregunta que debemos hacernos es si las actuales sanciones penales para la colusión son o no suficientes y, en consecuencia, si merecen ser aumentadas. Sin embargo pareciera ser que el Proyecto dejó de lado ese análisis de realidad y decidió atender a una especie de clamor popular motivado por una falsa sensación de impunidad.

Según hemos podido observar los últimos meses, una parte importante de la ciudadanía equivocadamente cree que en Chile no existe pena de cárcel para la colusión, en circunstancias que no solo existe, sino que además es suficientemente dura. De hecho, como se indicó, a nivel mundial Chile es de los países con las penas más duras de cárcel para los carteles.

Existe la sensación de que los delitos de colusión quedarían impunes, porque a la fecha nadie ha ido a la cárcel por coludirse. La explicación es clara y no tiene nada que ver con la suficiencia o no de las sanciones. Se debe únicamente a que la modificación legal que reinstaló la cárcel como pena para la colusión no ha cumplido cuatro años (es de agosto de 2016) y, como toda sanción penal desfavorable no puede operar hacia el pasado. Precisamente por eso es que, solo pueden sancionarse con cárcel los carteles que son posteriores a agosto de 2016 y esos aún no los conocemos.

No debemos olvidar que la detección de cárteles no es algo automático. Un estudio reciente del Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez revela que la investigación de una colusión demora en promedio 1.258 días (tres años y medio)¹⁹. Por lo tanto, que a la fecha no existan querellas no significa que

¹⁹ Según indica el mismo informe, en los casos en los que ha habido delación compensada (en los que razonablemente podría esperarse que la investigación dure menos por la colaboración y aporte de antecedentes del delator) el tiempo promedio de investigación es de 848 días, esto es, más de dos años. Por último, solo para tener una idea, en el caso de la colusión del confort (o papel tissue) en la que ambas compañías se delataron y aportaron cuantiosa prueba, se necesitaron nada menos que 327 días, esto es, prácticamente un año. Al respecto véase CentroCompetencia UAI, "¿Cuánto tardan las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica en materia de carteles?", *Investigaciones CeCo* (febrero 2020), <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/01/CeCo-Cu%C3%A1nto-tardan-investigaciones-FNE-carteles.pdf>.

no vayan a presentarse. El Fiscal Nacional Económico ha declarado que está investigando casos de colusión posteriores al año 2016 y que se van a presentar querellas si corresponde. Entonces, antes de legislar es conveniente ver qué ocurre con las penas vigentes y que aún no se han podido aplicar.

Y es que esa sensación de impunidad que se ha instalado en la opinión pública no puede ser el gatillante de una propuesta normativa de esta naturaleza. La implementación de nuevas modificaciones legales debe tener en consideración que, a diferencia de lo que pueda pensarse, el actual sistema de libre competencia ha demostrado ser sumamente eficiente en la detección y sanción de los carteles.

Es precisamente por ello que antes de aumentar las penas sería bueno ver qué pasa en la práctica con aquellas que actualmente contempla el DL 211 y que aún no han podido aplicarse. Confiando en el excelente trabajo que la FNE ha realizado en la última década lo más prudente parece ser esperar y ver si se justifica una modificación legal como la contenida en el Proyecto y no actuar por presiones sociales. Se trata de un tema sumamente delicado con el que no se debe actuar apresuradamente como pareciera ser que está ocurriendo. El Fiscal Nacional Económico, Sr. Ricardo Riesco, lo ha dicho de manera clarísima: *“tenemos un auto al que le acabamos de cambiar el motor, aún no lo hemos hecho andar y ya queremos cambiarle nuevamente el motor”*²⁰.

20 Véase la intervención del Fiscal Nacional Económico, Sr. Ricardo Riesco ante la H. Comisión de Economía. Ponencia disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=J1CbCTBApAQ&list=PLNwLNrmA4-qP0-YM-3pP36QnTxEBnHHrS&index=83&t=0s>



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Julio Pellegrini y Diego Ramos, "Comentarios al Proyecto de ley que fortalece la investigación y persecución de carteles y que aumenta las penas para delitos de colusión", *Investigaciones CeCo* (mayo, 2020),
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile