

NUEVAS REFORMAS PARA FORTALECER LA PERSECUCIÓN DE CARTELES

Jaime Barahona U. y Alejandra Leiton R.

Nuevas reformas para fortalecer la persecución de carteles

Junio 2020



Jaime Barahona Urzúa

Abogado de la Universidad Diego Portales, cuenta con estudios de post grado en la Pontificia Universidad Católica de Chile (Magíster en Derecho de la Empresa) y programa de Regulación y Libre Competencia en la Universidad de Los Andes. Actualmente, se desempeña como ministro titular del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Previo a ello fue abogado senior en el estudio jurídico Guerrero Olivos, a cargo del equipo de libre competencia. Fue Sub Fiscal Nacional Económico entre los años 2006 a 2014, así como Secretario Abogado del TDLC entre 2004 y 2006; y anteriormente desde 1999 a 2003 Secretario de la ex Comisión Resolutiva Antimonopolios. Ha sido profesor de derecho de la libre competencia en la Universidad Diego Portales y en la Universidad Mayor, entre otras instancias.



Alejandra Leiton Rodríguez

Abogada de la Universidad Adolfo Ibáñez. Tiene un Master of Arts de la Universidad Kings College London, un diplomado en Fusiones y Adquisiciones de la Universidad de Los Andes y un diplomado en Libre Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez. Actualmente es abogada en el estudio jurídico Guerrero Olivos.

El gobierno ha presentado un nuevo proyecto de ley (Proyecto)¹ para fortalecer las facultades de las Fiscalía Nacional Económica (FNE). En la discusión política que se produjo a raíz del “estallido social” de octubre de 2019, se levantó como bandera de lucha por distintos sectores la idea de hacer más eficaz la persecución de aquellas infracciones o delitos denominados de “cuello blanco” o “de cuello y corbata” (criminalidad económica), dentro de los cuales se incluyen los atentados a la libre competencia. Esta vinculación no debe sorprender ya que las infracciones a la libre competencia tienen como partícipes a organizaciones económicas, y pueden afectar el funcionamiento de toda una industria o sector económico y con ello perjudicar a muchos consumidores que demandan un determinado bien o servicio².

En esta breve investigación se analizará el contenido del Proyecto y sus alcances. A modo de conclusión, el Proyecto constituye un hito significativo en orden a dotar a la FNE de nuevas herramientas para poder detectar evidencia de aquellos acuerdos que no constan en antecedentes escritos, correos electrónicos ni en conversaciones telefónicas, en beneficio de una labor más eficaz.

Este artículo abarcará (i) las motivaciones y los factores que han influido en la presentación del Proyecto, así como las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) del año 2019; (ii) cada una de las reformas propuestas y sus fundamentos, analizando cuatro áreas: las nuevas herramientas de investigación, las sanciones por no cumplimiento y obstrucción a la investigación (*non compliance*), la figura agravada del delito de colusión y otras medidas para una mayor eficacia de los procedimientos de la FNE, para terminar con (iii) comentarios finales y conclusiones.

1 Boletín N° 13.312-03.

2 Sebastián Piñera, “Anuncia la denominada agenda Anti Abusos y por un Trato Digno y Justo” (Discurso, Santiago de Chile, 9 de diciembre, 2019), última visita: 29 de mayo, 2020, <https://prensa.presidencia.cl/lfi-content/uploads/2019/12/cadena-nacional-s.e-pdte-sebastian-pinera-agenda-anti-abuso-por-un-trato-digno-y-justo.pdf>. “En los últimos tiempos hemos conocido indignantes y sensibles casos de colusión y abusos en mercados tan importantes como el de los medicamentos, el papel higiénico y los pollos, que han perjudicado a la inmensa mayoría de los chilenos. Para evitar que estas situaciones se repitan, vamos a fortalecer la competencia y combatir con mayor fuerza la colusión y los abusos”.

I. MOTIVACIONES DEL PROYECTO

Las discusiones en el seno de la OCDE, particularmente en el Comité de Competencia son una fuente material importante para entender el camino recorrido por las autoridades de competencia a nivel internacional en la persecución de carteles³. Ellas resumen periódicamente el estado del arte en la materia y llevan a adoptar recomendaciones que recogen los mejores estándares y prácticas en materia de *enforcement* o investigación especializada de las conductas de cartel. El debate que se presenta dentro y fuera de las sesiones de dicho comité se traduce en el traspaso de experiencias concretas desde las agencias que lideran los casos más importantes (incluyendo Estados Unidos, la Comisión Europea a nivel europeo, Japón, Canadá o Australia), con alto valor estratégico para el resto de las autoridades.

El 2 de julio del año 2019, se aprobaron nuevas recomendaciones de política de competencia para una *acción efectiva contra los carteles más nocivos*⁴ (Recomendaciones OCDE), reemplazando las vigentes desde el año 1998, con una intencionalidad clara de instar por perfeccionar y mejorar la efectividad de las agencias de competencia en la persecución de los carteles. Las Recomendaciones OCDE, en su contenido central, se avienen perfectamente con el Proyecto, ya que ellas propician con fuerza que los gobiernos otorguen atribuciones efectivas (*effective powers*) a las agencias encargadas, como la FNE.

Por otra parte, en cuanto al nivel de sanciones, constatando la persistencia del funcionamiento de carteles privados internacionales⁵, las Recomendaciones OCDE buscan optimizar e instar por la aplicación de sanciones suficientemente disuasivas para conductas de cartel. Este objetivo de política ha llevado prácticamente a la estandarización a nivel internacional de un sistema de multas aplicable sobre un porcentaje de las ventas de las empresas⁶ y, en el caso chileno, sin límite máximo legal⁷.

Como ya señalamos, el Proyecto incorpora las Recomendaciones OCDE que instan a que los países aseguren herramientas efectivas de investigación, incluyendo expresamente medios técnicos de investigación para hacer seguimiento o técnicas de *surveillance* (contempladas en la legislación procesal penal⁸). También ellas abordan otros aspectos del Proyecto como la sanción del incumplimiento de los requerimientos u órdenes de

3 Como lo demuestra la siguiente nota de prensa de la FNE. "Fiscal Nacional Económico ingresa a la mesa directiva del Comité de Competencia de la OECDE", FNE (7 de diciembre, 2017), <https://www.fne.gob.cl/fiscal-nacional-economico-ingresa-a-la-mesa-directiva-del-comite-de-competencia-de-la-oecd/>.

4 OECD, *Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels* (2019), <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0452>.

5 Según la expresión de motivos de las Recomendaciones OCDE, entre 1990 y 2016 las ventas nominales afectadas por los carteles privados internacionales excedieron los 50 trillones de dólares. Los sobreprecios excedieron 1.5 trillones de dólares. Más de 100.000 compañías fueron responsabilizadas por acuerdos de precios a nivel internacional. Entre 2010 y 2016, un récord de 75 carteles internacionales fueron descubiertos cada año. John M. Connor, "The Private International Cartels (PIC) Data Set: Guide and Summary Statistics, 1990-July 2016 (Revised 2nd Edition)", *SSRN's eLibrary* (11 de agosto, 2016), última visita: 30 de mayo, 2020, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2821254>.

6 El nivel de disuasión de un sistema se basa en la severidad de las sanciones aplicadas (*severity ratios*), o en la posibilidad de recuperar los ingresos ilícitos o resarcir el daño causado (*recovery ratios*). John M. Connor, "Global Enforcement Directed at International Cartels: A Concise Introduction and Summary", *OECD Global Forum of Competition* (13 de diciembre, 2016), última visita: 30 de mayo, 2020, <http://www.oecd.org/daf/competition/competition-and-sanctions-in-antitrust-cases.htm>.

7 Al igual que en Chile, en la Unión Europea se calcula la multa sobre un porcentaje del valor de las ventas afectadas (0-30 %) y las directrices de la Comisión Europea informan que este resultado es luego multiplicado por la duración de la infracción (en años o en periodos inferiores a un año). En el caso de carteles se agrega un 15-25% del valor de las ventas consideradas como *elemento disuasorio adicional*. No obstante, por cada empresa o *asociación de empresas* -que se refiere fundamentalmente a organizaciones gremiales- que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior. Lo anterior, conforme a las *Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) No. 1/2003* (2006/C 210/02), última visita: 30 de mayo, 2020, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC0901\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC0901(01)).

8 Artículos 226 y 226 bis del Código Procesal Penal.

la FNE (*non compliance*) y la obstrucción a la investigación⁹, como mecanismos para asegurar su efectividad.

Antes de revisar las modificaciones propuestas, es importante señalar que existen otros proyectos de ley en discusión que tratan aspectos vinculados a la agenda Anti Abusos del gobierno. El primero de estos, en tramitación bajo el Boletín N° 13.205-07, se refiere a la sistematización de los delitos económicos, buscando modificar diversos cuerpos legales que tipifican delitos contra el orden socioeconómico, y adecuando las penas aplicables a todos ellos, basado en que actualmente la legislación no permite aplicar sanciones efectivas para quienes participen de dichos ilícitos. El delito de colusión es calificado como un delito económico en este proyecto.

Otro proyecto en estrecha relación con el anterior es el que se tramita bajo el Boletín N° 13.204-7 y que ha sido refundido con el proyecto anterior. Este proyecto busca ampliar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y regular el ejercicio de la acción penal, respecto de los delitos contra el orden socioeconómico.

A continuación, se analizarán las reformas del Proyecto.

II. NUEVAS FACULTADES DE INVESTIGACIÓN: AMPLIANDO LA CAJA DE HERRAMIENTAS

La FNE se encuentra dotada de facultades de investigación que se encuentran en línea con las que cuentan las agencias de jurisdicciones más avanzadas. Desde mayo de 2009, la FNE puede ejercer atribuciones para investigar carteles similares a las que ejerce el Ministerio Público en materia penal (las denominadas facultades intrusivas), que comprenden el registro e incautación de evidencia en recintos públicos o privados y la interceptación de comunicaciones (actuando a través de la policía y previa autorización judicial). Comparativamente, cabe resaltar que, en el caso de la interceptación de comunicaciones, el Ministerio Público ejerce tal facultad en forma restringida, en indagaciones sobre hechos que merecieron penas de crimen y en delitos funcionarios de corrupción.

Sin embargo, dado el carácter eminentemente subrepticio u oculto de los acuerdos ilícitos, las nuevas facultades propuestas que se analizan a continuación, permiten aplicar medios técnicos para detectar rastros de la conducta que no se encuentran en correos electrónicos ni conversaciones telefónicas.

a. *Alzamiento del secreto y reserva bancaria*

Se propone en el Proyecto otorgar acceso a registros de transacciones bancarias, en forma similar a la facultad que detenta la Comisión para el Mercado Financiero (CMF).

Su fundamento es que existen mecanismos de compensación monetaria a cambio de no competir en un determinado mercado, no participar de un proceso licitatorio o no introducir nuevos productos, y que constituyen pagos o comisiones entre competidores que requieren ser develados. Asimismo, los registros bancarios o transaccionales (tarjetas de crédito) pueden arrojar evidencia de reuniones entre ejecutivos, determinar la ubicación o geolocalización de personas o empresas investigadas, en Chile o en el extranjero.

⁹ OECD, *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels* (2019), Título II.2.e. "Impose sanctions for non-compliance with mandatory requests and obstruction of investigations".

Medidas de investigación similares se encuentran establecidas en la propia Ley General de Bancos¹⁰ y en la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques¹¹. Estas facultades son utilizadas en forma regular por el Ministerio Público y en materia administrativa sancionadora, por el Servicio de Impuestos Internos.

En cuanto a su operatividad práctica, una crítica que se ha hecho al uso de esta medida es la lentitud de los bancos e instituciones financieras en entregar la información requerida¹². La FNE tendrá que tomar en consideración este elemento al desplegar sus recursos y administrar esta herramienta, y generar las confianzas necesarias para obtener una oportuna colaboración de los bancos y demás contrapartes.

b. Técnicas especiales de investigación (Surveillance)

Estas medidas se refieren al registro de fotografías, filmaciones o grabación de comunicaciones entre personas presentes¹³, denominadas técnicas especiales de seguimiento o *surveillance*¹⁴. Estas medidas están contempladas en los artículos 226 y siguientes del Código Procesal Penal, y el Ministerio Público solamente puede utilizarlas -al igual que la medida de interceptación de comunicaciones- cuando los hechos investigados tengan asignada una pena de crimen.

El Proyecto en esta parte se funda en que los partícipes actúan a través de medios ajenos a la organización formal de sus empresas o instituciones, adaptándose para minimizar el riesgo de ser detectados por la propia organización o la autoridad.

Cabe considerar que las medidas de esta naturaleza no son de amplia aplicación en la práctica en sede penal, privilegiándose la interceptación de comunicaciones -y otras herramientas, como la entrega vigilada, el agente encubierto, el uso de informantes- al ser más eficaces en la obtención de evidencia. Lo anterior se puede concluir revisando la jurisprudencia en materia de medidas intrusivas, en que la litigación se ha centrado principalmente en las medidas de registro y de interceptación de comunicaciones. Si bien no existen estadísticas publicadas respecto al uso de estas técnicas especiales, investigaciones de prensa basadas en información entregada por el Ministerio Público en virtud de la ley sobre acceso a la información pública, permiten confirmar lo anterior¹⁵.

10 Artículo 154 incisos quinto y sexto del DFL N° 3 de 1997, Ministerio de Hacienda, Fija Texto Refundido, Sistematizado y Concordado de la Ley General De Bancos y de Otros Cuerpos Legales que se Indican.

11 Artículo 1° incisos tercero y cuarto del DFL N° 707 de 1982, Ministerio de Justicia, Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley Sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques.

12 Mauricio Duce, Cristián Riego, Valentina Zagmunt y Bastián Martínez, *El Sistema de Justicia Penal y su Lucha contra la Corrupción en América Latina: Informe de Chile* (Santiago de Chile: Tinker Foundation y Espacio Público, diciembre de 2019), 93-100, <https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2020/03/Informe-El-sistema-de-justicia-penal-y-su-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf>.

13 La grabación de comunicaciones de personas no presentes se encuentra amparada por la medida de interceptación de comunicaciones, que también requiere autorización judicial.

14 La Recomendación OCDE incluye expresamente una referencia a *surveillance authorisations* en tanto constituyen atribuciones efectivas para perseguir carteles. Ver capítulo II.2.b.

15 Tamara Cerna, "Tribunales decretan más de 20 medidas intrusivas al día: Interceptaciones telefónicas ocupan casi la mitad de la cifra", *EMOL* (25 de julio, 2018), <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2018/07/25/914480/Tribunales-decretan-mas-de-20-medidas-intrusivas-al-dia-Interceptaciones-telefonicas-ocupan-casi-la-mitad-de-la-cifra.html>. "Entre enero de 2014 y marzo de 2018 los tribunales de garantía otorgaron 40.896 medidas intrusivas, casi la mitad de ellas las ocupan las interceptaciones de comunicaciones, con 19.940 casos. Las medidas de seguimiento no aparecen dentro de las más utilizadas, incluso, no se logra distinguir con exactitud si están incluidas o no en el listado proporcionado".

Por otra parte, estas medidas abren un espacio para que la FNE pueda impetrar la doctrina sustentada por el Ministerio Público, en cuanto a que las filmaciones o fotografías que se efectúen en la vía pública o lugares de libre acceso público no requerirían de autorización judicial, pero cuando desde uno de estos lugares de carácter público, se filme o fotografíe hacia el interior de un lugar privado sí sería necesario solicitar dicha autorización¹⁶.

Consideramos que la FNE puede disponer de diligencias de apoyo a la policía, cuyos funcionarios tienen facultades para entrar y registrar en lugares y recintos de libre acceso público¹⁷. No obstante, si este tipo de diligencias se tornan reiteradas, permanentes y organizadas hacia un fin o propósito respecto de una persona o grupo de personas determinado, se estaría en presencia de una *medida de vigilancia* (como la definida en el artículo 213 del Código Procesal Penal)¹⁸, que requeriría de norma expresa para que la FNE pueda llevarla a cabo, en cumplimiento del principio de legalidad que rige a los órganos de la Administración¹⁹.

c. *Retención de evidencia electrónica*

La FNE actualmente puede solicitar a las empresas de comunicaciones la entrega de copias y registros de comunicaciones transmitidas o recibidas por los investigados, previa autorización judicial. La medida propuesta tiene por objeto que la FNE pueda requerir directamente a cualquier proveedor de servicio la conservación o protección (*retención*) de copias y registros de comunicaciones concretas, hasta por un plazo total de 180 días.

Las motivaciones del Proyecto señalan que no siempre se puede asegurar la integridad de la información mientras se recaban los antecedentes para obtener la autorización de la medida anterior, y existe riesgo que las comunicaciones desaparezcan, sea por acción de los investigados o por políticas de almacenamiento de la misma empresa que es requerida. Este riesgo se presentaría sobre todo cuando las empresas a quienes se solicitan las comunicaciones son extranjeras, ya que los plazos de tramitación de estas solicitudes pueden ser especialmente largos²⁰.

Esta medida se contempla en EE.UU. en la normativa sobre acceso a comunicaciones electrónicas (*Electronic Communications Privacy Act o Stored Communications Act*²¹). La nueva herramienta es una medida razonable

16 Capítulo IV.3 del Oficio FN N° 575/2015 del 7 de agosto de 2015 del Fiscal Nacional del Ministerio Público, que imparte criterios de actuación en los delitos de trata de personas, tráfico ilícito de migrantes y asociación ilícita para cometerlos.

17 Artículo 204 del Código Procesal Penal. “Entrada y registro en lugares de libre acceso público. Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones podrán efectuar el registro de lugares y recintos de libre acceso público, en búsqueda del imputado contra el cual se hubiere librado orden de detención, o de rastros o huellas del hecho investigado o medios que pudieren servir a la comprobación del mismo”.

18 Artículo 213 del Código Procesal Penal. “Aun antes de que el juez de garantía dictare la orden de entrada y registro de que trata el artículo 208, el fiscal podrá disponer las medidas de vigilancia que estimare convenientes para evitar la fuga del imputado o la sustracción de documentos o cosas que constituyeren el objeto de la diligencia”.

19 Artículo 7° de la Constitución Política de la República y artículo 2° de la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado.

20 El Proyecto además establece el deber de las empresas de telecomunicaciones y proveedores de servicios por *internet* que hayan sido requeridos (y sus trabajadores) de guardar secreto de esta solicitud previa, impidiéndose que puedan notificar de su existencia al cliente afectado o a cualquier tercero. Como contrapartida, la FNE no podrá acceder a estas comunicaciones sino hasta tanto obtenga la respectiva autorización judicial; y en el caso que no la obtenga, estos antecedentes no serán asequibles en caso alguno.

21 18 U.S. Code § 2703.

“Required disclosure of customer communications or records. (f) Requirement To Preserve Evidence.

(1) In general.

A provider of wire or electronic communication services or a remote computing service, upon the request of a governmental entity,

para proteger el éxito de una diligencia, y es proporcional al objetivo de obtener evidencia electrónica de comunicaciones o transmisiones, que la experiencia ha demostrado, podrían contener rastros del comportamiento colusivo.

III. MAYOR PROTECCIÓN EN CASOS DE OBSTRUCCIÓN Y NON COMPLIANCE

El régimen de sanciones por incumplimiento de órdenes decretadas por la FNE durante una investigación, que rige desde septiembre de 2016²², contempla el siguiente esquema:

- i. Ilícito de corte infraccional-administrativo de resorte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), por entrega de información falsa en caso de notificaciones de operaciones de concentración²³.
- ii. Apremio de multas por día de no cumplimiento de un requerimiento de información, en caso de no responder o responder en forma parcial²⁴. Sujeto al procedimiento especial ante el TDLC²⁵.
- iii. Apremio personal por entorpecimiento de investigaciones (sin distinguir el tipo de facultades que se ejercen)²⁶. Contempla arresto hasta por 15 días decretado por el juez competente con jurisdicción en lo criminal, a requerimiento de la FNE, previa autorización del TDLC.
- iv. Delito de obstrucción por ocultamiento o falsedad²⁷. Sanciona a quienes, con el fin de dificultar, desviar o eludir el ejercicio de las atribuciones de la FNE, oculten información que les haya sido solicitada o proporcionen información falsa, con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio.

Para abordar un “vacío de punición”, el Proyecto incluye ahora la destrucción u ocultamiento de especies objeto de una medida de registro o incautación y el incumplimiento de un requerimiento de información dirigido a entidades públicas y empresas en que el Estado participe. Se introducen tres figuras adicionales al catálogo anterior:

- i. Delito de obstrucción por destrucción u ocultamiento de especies objeto de una medida de registro o incautación. La protección abarca evidencia electrónica, ya que incluye equipos de almacenamiento de datos, teléfonos celulares o evidencia digital.

shall take all necessary steps to preserve records and other evidence in its possession pending the issuance of a court order or other process.

(2) Period of retention.

Records referred to in paragraph (1) shall be retained for a period of 90 days, which shall be extended for an additional 90-day period upon a renewed request by the governmental entity”.

22 Reformas al DL 211, Ley N° 20.945.

23 Artículo 3 bis letra e) del DL 211.

24 Artículo 39 letra h) inciso quinto del DL 211.

25 Artículo 39 ter del DL 211.

26 Artículo 42 incisos primero y segundo del DL 211.

27 Artículo 39 letra h) inciso cuarto del DL 211.

- ii. Delito de obstrucción en contra de quienes impidan el acceso a funcionarios de Carabineros de Chile o Policía de Investigaciones encargados de la ejecución de una diligencia de registro o incautación.
- iii. Apremio de multas por día de no cumplimiento de un requerimiento de información del artículo 39 letras f) y g) del Decreto Ley N° 211 (DL 211)²⁸, en caso que injustificadamente no respondan o respondan sólo parcialmente. Los sujetos que pueden incurrir en esta conducta son quienes están obligados a dar respuesta, incluyendo a funcionarios públicos, organismos públicos y empresas en que el Estado tenga aporte, participación o representación²⁹.

El régimen de sanciones por obstrucción y no cumplimiento queda fortalecido para la protección de la obtención de evidencia, con sanciones penales³⁰ y apremios mediante un procedimiento ante el TDLC.

IV. FIGURA AGRAVADA DEL DELITO DE COLUSIÓN

El Proyecto establece una figura agravada del delito de colusión del artículo 62 del DL 211, cuando recaiga la conducta sobre bienes y servicios de primera necesidad. Sin incluir un listado taxativo de bienes y servicios, los elementos que agravarían la figura base son (i) si el bien o servicio es de alta relevancia para la vida cotidiana de las personas, (ii) si es de uso masivo; o (iii) si fue grave el perjuicio causado a los consumidores por la conducta. El efecto de esta reforma respecto del delito de colusión, se traduce en que elimina el grado menor de la pena actualmente contemplada para este delito.

La pena asociada a esta figura agravada es la de presidio mayor en su grado mínimo, pena que contempla desde los 5 años y un día a los 10 años de presidio. Al igual que en el sistema de punición establecido para el delito base de colusión, si concurren circunstancias modificatorias -atenuantes o agravantes- el tribunal que conozca no podrá imponer al autor de un delito consumado una pena inferior a 5 años y un día, lo que redundaría, en principio, que no procedería la aplicación de penas sustitutivas (de aquellas que se cumplen total o parcialmente en libertad)³¹.

Es comprensible que el Proyecto contemple una figura agravada considerando que los casos recientes de colusión han recaído sobre productos de consumo masivo, como lo destaca el mensaje del gobierno para el Proyecto³². Por otra parte, el DL 211 vigente antes de la reforma de la Ley N° 19.911 de 2003, contemplaba el denominado delito de monopolio con una agravante también referida a bienes o servicios esenciales³³.

28 Requerimientos de información dirigidos a entidades públicas.

29 Se sujeta al procedimiento ante el TDLC del artículo 39 ter del DL 211.

30 Similares a las que detenta el Ministerio Público para proteger el éxito de la investigación penal. Ver artículo 269 bis del Código Penal.

31 Salvo el caso que se configure (i) un delito frustrado, o se concretan los presupuestos de la tentativa, la complicidad o el encubrimiento, que permitan rebajar la pena base asignada y (ii) concurren los requisitos de la Ley N° 18.216 (sobre penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad). En todo caso, la pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, debiendo cumplir el condenado en forma efectiva la pena privativa de libertad durante ese plazo.

32 Proyecto de Ley que fortalece la investigación y persecución de carteles y aumenta su pena en caso que indica, Mensaje del Presidente de la República (13 de marzo, 2020). <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmlD=13852&prmbOLE-TIN=13312-03>.

33 Art 1°. "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. Cuando el delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondien-

En esta parte del Proyecto, creemos que no contribuye a aclarar la definición de bien o servicio de primera necesidad la enunciación que incluye a la gravedad del perjuicio causado a los consumidores por la conducta antijurídica. Esta inclusión, vincula la configuración del delito a los resultados o efectos de la conducta misma, lo que podría generar espacios de litigación para sostener que este delito exige un resultado, incluso respecto del delito base.

V. OTRAS MEDIDAS PARA MAYOR EFICACIA DE LA ACCIÓN DE LA FNE

El Proyecto contempla un conjunto de reformas adicionales para hacer más eficaz la labor de la FNE.

a. *Protección al denunciante reservado*

Si bien la FNE ha aplicado en los hechos una política de protección de los denunciantes, el DL N°211 no cuenta con ninguna disposición legal que permita asegurar la confidencialidad de su identidad.

El Proyecto señala que personas que no han participado activamente en la conducta, pero tienen conocimiento de su existencia (lo que puede incluir a ejecutivos, empleados, proveedores, terceros o incluso competidores), se abstienen de reportar ilícitos a la autoridad por temor a represalias. Se postula entonces la figura del denunciante reservado para garantizar la protección de su identidad y datos que pudieran individualizarlo. Para desincentivar el abuso de esta herramienta, el Proyecto también propone un tipo penal específico que sanciona a quienes presenten una denuncia fundada en antecedentes falsos o fraudulentos para perjudicar a uno o más agentes económicos³⁴.

Varios países han adoptado este sistema en los últimos años como por ejemplo Reino Unido, Canadá, España, Corea del Sur, entre otros³⁵. Se ha discutido la posibilidad que el denunciante reservado recibiera una compensación económica por realizar la denuncia, lo que fue descartado por el gobierno³⁶. Coincidimos con dicha decisión, ya que dicha compensación tiene un alto riesgo que incentive la presentación de denuncias sin fundamento, desviando recursos escasos y debilitando el sistema de cooperación con la FNE en su conjunto, que incluye el programa de delación compensada.

tes a alimentación, vestuario, vivienda, medicina o salud, la pena se aumentará en un grado”.

34 Correlato del delito contemplado en materia de delación compensada. Artículo 39 bis inciso sexto del DL 211.

35 Matteo Giangaspero, “Criminalisation of Cartels and Bid Rigging Conspiracies: A Focus on Custodial Sentences”, *OECD Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement* (9 de junio, 2020), 28-9, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2020\)1&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2020)1&docLanguage=En).

36 El ministro Palacios explicó que “en el marco de la agenda “trato justo” se incorporan tres alternativas distintas; Anticolusión, delitos en el mercado financiero y corrupción al interior del Estado, y que en los tres proyectos se incorpora la figura del denunciante reservado, para toda aquella persona que no haya estado involucrada en el ilícito y que cuente con antecedentes relevantes para la investigación. No obstante, dada la naturaleza particular de cada delito e infracción y de los incentivos subyacentes de los denunciantes, solo el proyecto de delitos en el mercado financiero incorpora una recompensa (porcentaje recuperado a través de la multa). Lo anterior va en línea con la evidencia internacional, como el caso de Estados Unidos, donde la DOJ Antitrust Division no tiene un programa de compensación a las denuncias de ilícitos contra la libre competencia, pero sí la tiene la SEC, que premia a los denunciantes de fraude (...)”. “Gobierno des-carta recompensa a denunciante anónimo en proyecto que fortalece a la FNE”, *La Segunda* (5 de mayo, 2020), <http://cache-elastic.emol.com/2020/05/05/C/373PO2MD/all>.

b. *Ministros de Corte de designación especial para autorización judicial*

Para hacer más expedita la tramitación de solicitudes de medidas intrusivas ante la Corte de Apelaciones de Santiago y resguardar la confidencialidad de las investigaciones, el Proyecto propone la designación anual por sorteo de dos de sus miembros, como judicatura especial para estos efectos.

Este procedimiento de designación se asimila al contemplado para el otorgamiento de medidas intrusivas en el caso de la CMF y la Unidad de Análisis Financiero. Esta medida podría generar que la jurisprudencia sobre estas autorizaciones tienda a uniformarse, pero supeditada al criterio aplicado por los jueces elegidos en el respectivo año.

c. *Notificación a filiales o agencias de empresas extranjeras durante el procedimiento de investigación*

Se replica el procedimiento de comunicación y notificación respecto de empresas extranjeras a través de sus filiales o agencias establecido para los procedimientos ante el TDLC, ahora en el marco de una investigación ante la FNE (entre otras, resolución de inicio, requerimientos de información y resoluciones dictadas en el marco del procedimiento de aplicación de apremios del artículo 30 ter del DL 211). Esta medida exige que las empresas emplazadas operen en el país, requisito que obliga a la FNE a establecer un nexo o conexión de la conducta investigada con el mercado chileno.

d. *Rol auxiliar de Carabineros de Chile*

Se autoriza a Carabineros a apoyar la generalidad de las diligencias investigativas de la FNE y no solo respecto de medidas intrusivas que se ejerzan, lo que tiene importancia particularmente en lugares en que la Policía de Investigaciones no tenga destacamentos.

e. *Creación de un cargo de jefe de división para efectos de acciones de fiscalización de la FNE*

A este respecto, solo cabe precisar que este cargo ya fue establecido por la FNE, siendo una reforma al esquema de grados de los directivos de este servicio³⁷.

³⁷ "Nueva Unidad de Fiscalización de la FNE comenzará a operar en abril", *FNE*, (27 de marzo de 2019), <https://www.fne.gob.cl/nueva-unidad-de-fiscalizacion-de-la-fne-comenzara-a-operar-en-abril/>.

VI. COMENTARIOS FINALES Y CONCLUSIONES

El Proyecto recoge las Recomendaciones OCDE de implementar nuevas herramientas de investigación, que se conforman con estándares que se han adoptado en otras jurisdicciones. Las herramientas tienen por objeto detectar nuevas formas o mecanismos de coordinación, y acceder a evidencia adicional que no proviene de medios escritos, correos electrónicos o de conversaciones telefónicas.

Asimismo, el Proyecto recoge las recomendaciones relativas a resguardar el cumplimiento de las facultades ejercidas por la FNE, ampliando el catálogo de sanciones en casos de entorpecimiento y obstrucción a la investigación. Por su parte, la figura del denunciante reservado, como ha sido el objetivo en otros países que la han implementado, podría complementar el impulso de oficio de las investigaciones para detectar nuevos casos.

No obstante, del resultado del anterior análisis existen observaciones que se pueden formular al Proyecto. En efecto, cabe destacar que, en la figura del delito agravado de colusión, la enunciación que incluye la gravedad del perjuicio causado a los consumidores por la conducta antijurídica, no contribuye a aclarar la definición de bien o servicio de primera necesidad. Esta presunción, podría generar espacios de litigación para sostener que este delito exige un resultado, incluso en el delito base.

Finalmente, si bien la FNE está facultada para solicitar diligencias de apoyo a la policía, que podrían ser un complemento a las herramientas especiales de seguimiento que el Proyecto impulsa, estimamos que no podría decretar medidas de vigilancia³⁸. Para ello, sería necesario contar con una norma expresa que así lo autorice, como ocurre actualmente con los fiscales del Ministerio Público.

³⁸ De aquellas que “estimare convenientes para evitar la fuga del imputado o la substracción de documentos o cosas que constituyeren el objeto de la diligencia”, según el artículo 213 del Código Procesal Penal.



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:

Jaime Barahona U. y Alejandra Leiton R., "Nuevas reformas para fortalecer la persecución de carteles",
Investigaciones CeCo (junio, 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