



SERIE INFORME **LEGISLATIVO**

# La Nueva Ley de Libre Competencia y **los Desafíos de la Criminalización de la Colusión**

Jorge Avilés B.

SERIE  
INFORME  
LEGISLATIVO  
ISSN 0717-1544

Abril 2017

44

## **JORGE AVILÉS B.**

es abogado de la Universidad de los Andes. Investigador del Programa Legislativo de LyD.

# CONTENIDOS

RESUMEN EJECUTIVO **05**

**1. INTRODUCCIÓN 06**

**2. PRINCIPALES CAMBIOS  
REALIZADOS POR LA NUEVA LEY 08**

**3. LA REINCORPORACIÓN DE UN  
TIPO PENAL PARA SANCIONAR LA  
COLUSIÓN 11**

**4. CONCLUSIÓN 22**

**5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 23**

- 3.1 ¿Por qué se despenalizó la colusión? La opción institucional tomada ..... 12
- 3.2 El problema del artículo 285 del Código Penal ¿una solución indirecta? ..... 13
- 3.3 Análisis del nuevo procedimiento penal en materia de competencia ..... 14
- 3.4 La delación compensada y la criminalización de la colusión ..... 17
- 3.5 Desafíos en la implementación de la criminalización de la colusión ..... 19



# Resumen Ejecutivo

**D**urante el año 2015 y parte del 2016 se tramitó en el Congreso Nacional una importante reforma a nuestra institucionalidad de defensa de la libre competencia, plasmada finalmente en la nueva ley N° 20.945, publicada en agosto de 2016.

Este cuerpo normativo introduce diversos cambios al actual sistema de libre competencia, los que en gran medida responden a un diagnóstico amplio respecto de la necesidad de introducir perfeccionamientos a la legislación vigente. De hecho, gran parte de las medidas incluidas en esta iniciativa fueron recomendaciones realizadas a mediados del 2012 por la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia convocada por el Presidente Sebastián Piñera<sup>1</sup>.

Entre las modificaciones más importantes se encuentra la entrega de mayores facultades y atribuciones a la Fiscalía Nacional Económica; el establecimiento de un control obligatorio de operaciones de concentración llevado a cabo por el mismo organismo; y el aumento significativo del monto de las multas aplicables por infracciones a la ley. Pero sin duda, la mayor innovación se encuentra en la reincorporación de la posibilidad de sancionar penalmente la colusión, cuestión que ha sido profundamente discutida durante largo tiempo y que aún encuentra diversos detractores.

La presente Serie de Informe tiene por objeto analizar los principales cambios realizados a nuestra institucionalidad de defensa de libre competencia mediante la ley N° 20.945, refiriéndonos específicamente a la introducción del tipo penal para los casos de colusión, y a los posibles efectos que su implementación pudiera tener en el futuro. Para ello, se analiza en detalle el nuevo procedimiento penal, las

posibles sanciones a aplicarse, y la relación de este nuevo procedimiento con el que actualmente existe llevado a cabo ante el Tribunal de la Libre Competencia.

El desafío para las próximas autoridades no es menor. La decisión de llevar las materias de competencia a la esfera del derecho penal producirá la convivencia de dos sistemas radicalmente diferentes y basados en distintos principios y presupuestos. En el futuro se cautelará la prohibición efectiva de colusión a través de dos órganos persecutores diferentes, con dos órganos jurisdiccionales competentes distintos y mediante procedimientos que poco tienen en común.

<sup>1</sup> Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la defensa de la libre competencia de julio de 2012. Disponible en <http://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2012/07/INFORME-FINAL-ENTREGADO-A-PDTE-PINERA-13-07-12.pdf>

# 1. INTRODUCCIÓN

Tanto la historia chilena como la experiencia internacional han demostrado la importancia que tiene el sistema económico en el desempeño de un país: a mayor libertad económica y apertura comercial -que deriva en mayores grados de competencia- los niveles relativos de desarrollo son más altos. En efecto, cuando el mercado funciona en condiciones de competencia, el productor ofrece una variedad de bienes o servicios al menor costo pudiendo el consumidor, por tanto, satisfacer sus necesidades a precios más baratos. El resultado de este sistema de mercado es la maximización del bienestar social.

Sin embargo, en ocasiones hay empresas que ostentan poder de mercado lo que les permite alterar las condiciones que operan en este en su propio beneficio, con el consecuente perjuicio para sus competidores y consumidores, que se traduce en que los mercados no cumplen con las condiciones deseables de competencia. Es esta la razón de la existencia de las leyes antimonopolios y la política de competencia, puesto que intentan prevenir que las empresas creen, aumenten o mantengan poder de mercado y abusen de este. En particular, buscan posibilitar que los beneficios del intercambio en una economía de mercado, basada en la libre y sana competencia, produzcan el mayor bienestar general de los ciudadanos, y evita que agentes con poder de mercado, individual o conjunto, perjudiquen dicho interés público atentando contra la libertad económica de terceros.

Resulta, pues, evidente que la economía de mercado requiere esencialmente de la existencia de competencia, la que resulta indispensable para orientar el sistema productivo a entregar la mejor calidad y precio en la búsqueda de las preferencias de los consumidores. La existencia de acuerdos de precio u otras prácticas anticompetitivas son un atentado a la

competencia y conllevan un daño para la comunidad; de ahí que ellos deben ser investigados y sancionados<sup>2</sup>.

Tal como lo señala el mensaje de la ley recientemente aprobada<sup>3</sup>, a más de 57 años de publicada la primera ley de defensa de la libre competencia, nuestro país ha obtenido importantes avances en la materia y hoy cuenta con una institucionalidad robusta, prueba de lo cual es el hecho que actos ilícitos, como los que hemos visto, son efectivamente detectados.

La existencia de un Tribunal de la Libre Competencia y de una Fiscalía con amplias facultades constituye un marco institucional apropiado, y su funcionamiento ha probado ser adecuado para la detección de los últimos casos conocidos por la opinión pública. Pero para llegar a esta madurez institucional se debió recorrer un largo camino.

La ley N° 13.305 de 1959, cimentada sobre los trabajos realizados por la misión Klein-Saks, constituye la primera implementación de normas antimonopolios en Chile<sup>4</sup>. Este cuerpo normativo establecía en su Título V la prohibición de ciertas prácticas prohibidas por atentar contra la libre competencia y se crean, a su vez, las Comisiones Antimonopolios para efectos de velar por el cumplimiento de dicha normativa.

Posteriormente, el año 1973 se dicta el DL N° 211, cuerpo normativo que si bien ha sido sometido a diversas modificaciones, se mantiene vigente hasta el día de hoy. Los organismos que formaban parte del sistema instaurado por esta ley eran las Comisiones Preventivas Regionales, Comisión Preventiva Central, la Comisión Resolutiva y la Fiscalía Nacional Económica. En esos años ya se consideraba la posibilidad de sancionar penalmente al que

<sup>2</sup> Tema Público N° 1.231 -1, Libre Competencia y Colusión, 2015, Libertad y Desarrollo.

<sup>3</sup> Mensaje N° 9950-03, 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.

<sup>4</sup> Bernedo, Patricio, Historia de la Libre Competencia en Chile 1959 – 2010, Fiscalía Nacional Económica, 2013

ejecutara o celebrara cualquier acto o convención que tendiera a impedir la libre competencia<sup>5</sup>.

Pero no fue hasta el año 2003, mediante la dictación de la ley N° 19.911, en que nuestra institucionalidad avanzó considerablemente, estableciéndose un sistema que ha dado muestras de funcionar adecuadamente. A través de esta ley, el legislador decidió sustituir el carácter penal de los ilícitos anticompetitivos, que hasta la fecha no se había utilizado en ninguna ocasión, por multas de hasta 20.000 Unidades Tributarias Anuales (UTA) como principal herramienta sancionatoria. Todo esto sería aplicado por un nuevo tribunal jurisdiccional especial, conformado en parte por economistas especialistas en la materia, produciendo una normativa más disuasiva que las penas privativas de libertad, alcanzándose de esta manera un grado de persecución y sanción cada vez mayor.

El año 2009, a través de la ley 20.361, se perfecciona la institucionalidad ya creada y se avanza sustancialmente en entregar herramientas para detectar y desbaratar carteles. En esta línea se realizaron ajustes a la descripción de las conductas sancionables, se fortalecieron de manera importante las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica, se aumentaron sustancialmente las multas<sup>6</sup> y, probablemente siendo la más importante innovación, se introdujo la figura de la delación compensada. Ahora, con la existencia de una agencia con gran capacidad investigativa y con la posibilidad de poder eximirse de responsabilidad infraccional se desincentiva fuertemente la coordinación estable para los miembros de un cartel o bien, se les dificultaba enormemente constituirse como tal. De esta manera, es posible señalar que la delación compensada ha sido clave para el descubrimiento e investigación de diversos casos de colusión ocurridos en nuestro país, tal como ha acontecido en economías como la americana, la Unión Europea y vecinos regionales como Brasil.

La ley N° 20.945 constituye la última gran modificación a nuestra institucionalidad de libre competencia. La mayoría de los cambios contemplados en esta nueva ley fueron apoyados de manera transversal y fueron sugeridos por diversos expertos de todos los sectores, lo cual permitió una ágil tramitación y pronta aprobación en el Congreso Nacional. De esta manera, si bien este cuerpo normativo constituye un avance en varias de las medidas que establece, reconociendo las bondades y deficiencias de nuestra institucionalidad de manera de seguir construyendo sobre un modelo que ha demostrado ser exitoso, contempla otras cuyos efectos que son discutibles y que deben ser implementadas con

bastante cautela para que no produzcan una disminución de detección y desbaratamiento de carteles. Nos referimos principalmente a la reincorporación de la sanción penal para delitos contrarios a la libre competencia a nuestro ordenamiento jurídico, la cual ha sido criticada por diversos expertos.

Finalmente, cabe mencionar que si bien pueden existir discrepancias en algunos de los instrumentos que se han implementado en nuestro país, los objetivos de protección y defensa de la libre competencia son compartidos prácticamente por todos. Las distintas regulaciones destinadas a cautelar la libertad en los mercados son políticas que trascienden a los gobiernos específicos y se convierten en políticas de Estado. Y no podría ser de otra forma, entendiendo que un sistema de libre mercado es el mecanismo idóneo y necesario para el desarrollo de los países y que en ese contexto, se deben contemplar los resguardos necesarios para disminuir los vicios que este sistema en ocasiones puede producir. Más bien por las características de la naturaleza humana, que por las suyas propias. Por lo anterior y tal como señala el mensaje de esta nueva ley:

“La defensa de la libre competencia es esencial para el desarrollo de Chile. Ella garantiza la existencia de mercados en los cuales impere una competencia basada en los méritos, que permita que las empresas ofrezcan bienes y servicios de mejor calidad, mayor variedad, innovadores y al menor precio posible. Asimismo, propicia una sociedad más justa y democrática, en la cual exista confianza en los mercados y en que quienes cuenten con poder económico no se aprovechen del mismo para cometer abusos que generan serios daños a todos los chilenos”<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> El artículo 1° original del DL 211, de 1973 prescribía que: “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia (...) será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados.”

<sup>6</sup> Las multas se aumentaron de 20.000 a 30.000 Unidades Tributarias Anuales para el ilícito de colusión.

<sup>7</sup> Mensaje del proyecto de ley del boletín 9950-03 que modifica el DFL N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211, de 1973.

## 2. PRINCIPALES CAMBIOS REALIZADOS POR LA NUEVA LEY

**E**n este capítulo enunciaremos brevemente los principales cambios realizados por la nueva ley de libre competencia N° 20.945, para luego profundizar en la criminalización de la colusión.

### **a) Adecuaciones relacionadas a las infracciones del DL 211 y a las sanciones a aplicar por parte del Tribunal de la Libre Competencia**

La nueva ley, con el objeto de aumentar los elementos disuasivos y sancionar con más rigor a los participantes de un acto colusivo, entrega mayores herramientas institucionales en conjunto con crear la posibilidad de castigar penalmente estas situaciones.

En este sentido, un primer aspecto que se modifica es la eliminación, en parte, de la exigencia para sancionar ilícitos de colusión donde el acuerdo o la práctica concertada confieran “poder de mercado”.

Hasta antes de esta nueva ley se sancionaban los acuerdos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, siempre que estas les confirieran poder de mercado y que tuvieran por finalidad fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.

Al respecto, la nueva ley distingue entre las situaciones que requerirán la adquisición de poder de mercado para efectos de configurarse la respectiva infracción sancionable por el Tribunal de la Libre Competencia:

**i. Casos sancionables aun cuando no se adquiera “poder de mercado”:** acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación.

**ii. Casos sancionables siempre que se adquiera “poder de mercado”:** acuerdos o prácticas concertadas que consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.

Por otra parte, se elimina la prescripción de dos años de las medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar, por lo que dicha prescripción solo aplicará para las multas que se impongan por infracciones a la ley de libre competencia.

En otro orden de ideas, y siendo quizás uno de los cambios más relevantes de esta nueva ley, se modifica el monto máximo o techo de las multas aplicables por infracciones a la ley de la libre competencia. Desde ahora, las multas por colusión u otras conductas anticompetitivas tendrán como monto límite el doble del beneficio económico reportado por la infracción, o hasta el 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos y/o servicios asociados a la infracción durante el período por el cual esta se haya prolongado. Asimismo, en el caso que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el Tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a sesenta mil unidades tributarias anuales.

La nueva ley incluye además como sanción aplicable por parte del Tribunal de la Libre Competencia, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años contado desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Nuevo literal d) del DL 211, de 1973, del Ministerio de Economía.

Finalmente, se establece la posibilidad de aplicarse sanciones administrativas así como otras medidas en caso que no se notifiquen a la Fiscalía Nacional Económica las operaciones de concentración o se infrinjan otras normas relacionadas con dicho procedimiento de notificación.

### **b) Adecuaciones realizadas al Tribunal de la Libre Competencia**

Sobre el particular, la nueva ley establece la dedicación exclusiva de los ministros titulares del Tribunal de la Libre Competencia. Antes de esta reforma, ellos no se encontraban sujetos a un régimen de dedicación exclusiva en el ejercicio de sus funciones. Asimismo, la nueva ley establece que los ministros suplentes no tendrán dedicación exclusiva, pero no podrán tener la condición de asesor o prestador de servicios profesionales en materias que digan relación con la libre competencia a personas naturales o jurídicas sometidas a la jurisdicción del Tribunal.

Por otra parte, se le entrega al Tribunal de la Libre Competencia la facultad de dictar autos acordados para que sean necesarios para una adecuada administración de justicia.

Finalmente, se establece que la acción de indemnización de perjuicios originados por hechos condenados por sentencia del Tribunal de la Libre Competencia se deberá interponer ante este mismo tribunal. La sentencia definitiva podrá ser reclamada ante la Corte Suprema y la indemnización de perjuicios comprenderá todos los daños causados durante el período en que se haya extendido la infracción.

### **c) Fortalecimiento de la Fiscalía Nacional Económica**

La nueva ley le entrega diversas facultades a la Fiscalía Nacional Económica para efectos de mejorar sus capacidades para evaluar la competencia en los mercados y contribuir a solucionar fallas de mercado o fallas regulatorias. Dentro de estas nuevas facultades destacan:

- Realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados, para lo cual podrá recabar información tanto de particulares como de instituciones públicas. En el marco de estos estudios la Fiscalía podrá solicitar la colaboración de órganos públicos, requerir antecedentes a públicos y privados, citar a declarar, solicitar informes, entre otros; siendo aplicables las sanciones de multa y privativas de libertad establecidas en el marco de una investigación.

- Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro que corresponda, derogaciones y modificaciones legales y reglamentarias, así como dictación de nueva normativa para efectos de fomentar la competencia en los mercados.
- Interponer querrela criminal en caso de colusión.
- Fijar los umbrales para determinar qué operaciones de concentración deben ser notificadas a la Fiscalía Nacional Económica; recibir notificaciones y sustanciar el nuevo procedimiento de las operaciones de concentración establecido en la ley.
- Sancionar a quienes dificulten, desvíen o eludan el ejercicio de que las atribuciones de la FNE, oculten información o esta sea falsa y a quienes no comparezcan a declarar sin justificación.

### **d) Control de fusiones (operaciones de concentración)**

La nueva ley introduce a nuestro sistema de libre competencia la consulta obligatoria para las operaciones de concentración. La ley definió cuatro tipos de operaciones<sup>9</sup> y estableció la obligación que fueran notificados a la Fiscalía Nacional Económica cuando superaran ciertos umbrales definidos mediante resolución dictada por la misma. Esto permitiría a dicho organismo centrar su análisis en aquellas operaciones de concentración con aptitud para reducir sustancialmente la competencia en los mercados, minimizando los costos de transacción asociados y la carga administrativa a la que quedaría sujeto el Estado y los agentes económicos.

### **e) Otras modificaciones relevantes realizadas por la nueva ley**

Otras modificaciones importantes que realiza la ley N° 20.945 a la ley de libre competencia son las siguientes:

- Se establece por primera vez en el país el interlocking, prohibiéndose la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las 100.000 Unidades de Fomento (UF) en el último año calendario.
- Se establece la obligación de informar a la Fiscalía Nacional Económica la adquisición de más del 10% del capital de una empresa competidora dentro de 60 días. La Fiscalía podrá instruir un procedimiento en caso de existir infracciones a la ley, pudiendo aplicar sanciones.

<sup>9</sup> El nuevo artículo 47 del DL 211 define la operación de concentración como todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos que no formen parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades mediante alguna de las siguientes vías: a) Fusionándose, cualquiera sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la

fusión. b) Adquiriendo, uno o más de ellos, directa o indirectamente, derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro. c) Asociándose bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellos, que desempeñe sus funciones de forma permanente. d) Adquiriendo, uno o más de ellos, el control sobre los activos de otro a cualquier título.

- En caso de infracciones a la libre competencia se hacen aplicables las acciones para proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores de la ley de protección de derechos para los consumidores.  
De esta manera, cuando haya una sentencia condenatoria ejecutoriada del Tribunal de la Libre Competencia por infracciones a la ley, se podrán presentar acciones colectivas o difusas ante los tribunales ordinarios.
- Se realizan modificaciones al mecanismo de delación compensada, las cuales serán explicadas más adelante.

**f) Se reincorporan las sanciones penales en caso de colusión**

Esta materia se analizará en el siguiente capítulo.

### 3. LA REINCORPORACIÓN DE UN TIPO PENAL PARA SANCIONAR LA COLUSIÓN

**E**s sabido que uno de los peores atentados contra una economía de mercado son los casos de colusión. En palabras de la Corte Suprema:

“(…) la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas”<sup>10</sup>.

Lo anterior significa que el bien jurídico a proteger en estos casos es de gran relevancia para el buen funcionamiento del país.

Sin duda, uno de los aspectos más relevantes que esta ley ha incorporado en nuestra institucionalidad de protección a la libre competencia -y a la vez uno de los más controvertidos por expertos y académicos- es la posibilidad de sancionar penalmente la colusión, por cuanto sus beneficios no son evidentes y puede producir dificultades. Así, por ejemplo, la Comisión Asesora Presidencial del año 2012 constató en su informe que:

“La incorporación explícita de sanciones penales en la legislación de defensa de la competencia fue objeto de un riguroso análisis por parte de la Comisión, lo que permitió delinear las líneas de acción que enfrentan al respecto las políticas que se adopten en esta materia. Por un lado, existe la posibilidad -defendida por varios miembros de la Comisión- de no incorporar explícitamente sanciones penales en la legislación de defensa de la libre competencia. Ello, sobre la base de la reciente adopción de un marco institucional que al elevar las multas y potenciar la labor de la Fiscalía Nacional Económica, pareciera estar funcionando adecuadamente, aun cuando requiere de algún período adicional para su consolidación. Por otro lado, algunos miembros de la Comisión argumentaron la conveniencia

de establecer -de un modo explícito- sanciones penales en la legislación referida. Ello actuaría -a juicio de sus impulsores- de un modo más efectivo en la contención de las prácticas anticompetitivas”<sup>11</sup>.

La discusión acerca de la conveniencia de criminalizar la colusión también ha existido en otras legislaciones, no existiendo, de hecho, una receta única en el mundo. Estados Unidos tiene incorporadas las sanciones penales en su legislación, mientras que la Unión Europea ha prescindido de ellas. Reino Unido, en tanto, que promulgó el año 2002 una ley que criminalizaba los delitos de cartel, debió enmendarla y reformarla el 2013 dados sus escasos efectos<sup>12</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, y debido a la detección de algunos graves casos de colusión en el país, se produjeron dos efectos importantes. Por una parte, se dio muestras que la institucionalidad de libre competencia en Chile ha funcionado correctamente y que herramientas como la delación compensada han jugado un rol fundamental, permitiendo la detección de este tipo de casos. Por otra parte, esta misma detección de casos en los últimos tiempos ha despertado en la opinión pública una sensación de malestar que ha motivado a que diversos sectores abogaran por la reincorporación de la posibilidad de aplicar sanciones penales que signifiquen privación de libertad para aquellos que se coluden y forman parte de un cartel. Esto explica lo bien acogida de esta nueva ley por prácticamente todos los sectores políticos y por la opinión pública en general. De hecho, y prueba de lo anterior, a la fecha de la discusión de la nueva ley se encontraban en tramitación diversas mociones parlamentarias, provenientes desde todos los sectores políticos, para regular la materia, como lo son, por ejemplo, los boletines números 11116-03, 11064-07, 10532-03, 10377-07, 10366-03, 10175-07, 9026-07, 9028-03, 8088-03, 6770-03, 6454-07, 6438-03, 6439-07, 6442-03, 8822-07 y 9046-03.

<sup>10</sup> Sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 29 de diciembre de 2010, dictada en autos rol 1746-2010.

<sup>11</sup> Informe Comisión Presidencial para la defensa de la libre competencia, año 2012, p.5.

<sup>12</sup> Jones, A. y R. Williams, The UK response to the global effort against cartels: is criminalization really the solution?, Journal of Antitrust Enforcement, Vol. 2, No. 1., 2014

Este apoyo político transversal que tuvo la inclusión de la sanción penal para el caso de colusión significó que finalmente la verdadera discusión que se diera en el Congreso durante la tramitación de esta nueva ley dijera relación más bien con los detalles mismos del nuevo procedimiento penal y no sobre la conveniencia de reincorporar la medida. Se trató entonces de manera profunda la convivencia y armonía de este con el procedimiento llevado a cabo ante el Tribunal de la Libre Competencia; el rol que debía jugar en el derecho de competencia el Ministerio Público; la necesidad de la exclusividad del ejercicio de la acción penal por parte del Fiscal Nacional Económico; las precauciones que se debían tomar para evitar la coexistencia de dos procesos paralelos llevados a cabo ante distintos órganos jurisdiccionales y con distintos estándares probatorios; y, el eventual debilitamiento que la inclusión de sanciones penales podía producir en el mecanismo de la delación compensada<sup>13</sup>.

En Chile la incorporación de un tipo penal con sanciones de privación de libertad no es una novedad normativa, por cuanto durante largo tiempo y hasta el 2003<sup>14</sup> existió la posibilidad de sancionar con privación de libertad a las personas que ejecutaban actos contrarios a la libre competencia, específicamente con una sanción que iba desde los 61 días hasta los 5 años<sup>15</sup>. Sin embargo, lo cierto es que durante las décadas en que la mencionada norma estuvo vigente jamás fue aplicada.

Como se mencionó anteriormente, una de las últimas grandes reformas que ha sufrido nuestro ordenamiento jurídico en la materia fue el realizado el año 2003 mediante la ley N° 19.911, norma que finalmente eliminó la posibilidad de sancionar penalmente las infracciones en contra de la libre competencia en Chile, optando por un sistema en que convive un órgano administrativo persecutor, como lo es la Fiscalía Nacional Económica, que investiga y acusa a un órgano jurisdiccional especial, que es el Tribunal de la Libre Competencia, para que este juzgue y, en caso de constatar una infracción, aplique fuertes sanciones pecuniarias, haciendo solidariamente responsables de su pago a los directores, gerentes o administradores de las empresas infractoras.

Luego que nuestro país optara por un modelo de protección de la libre competencia determinado sin la criminalización de la colusión, cabe preguntarse por qué fue eliminada la sanción penal hace algunos años atrás y si las razones tomadas en cuenta para ello han cambiado como para haberla incorporado recientemente.

### 3.1 ¿Por qué se despenalizó la colusión? La opción institucional tomada

La reforma del 2003 realizó importantes modificaciones en materias de derecho de competencia en el país como la eliminación de las Comisiones Preventivas y la creación del Tribunal de la Libre Competencia, órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia correctiva, direccional y económica de la Corte Suprema, permitiendo de esta manera concentrar en la Fiscalía Nacional Económica las investigaciones y la actuación como parte ante el tribunal, representando el interés general de la colectividad en el orden económico. Esta reforma eliminó también la posibilidad de sancionar penalmente las infracciones en contra de la libre competencia. En su momento se estimó que este nuevo modelo iba a disuadir en forma más eficaz a los potenciales infractores que con un proceso penal prácticamente inaplicable.

Durante la tramitación de esta reforma, uno de los principales fundamentos esgrimidos para derogar la criminalización de la colusión fue que el tipo penal contenido en nuestra legislación no cumplía con los estándares exigidos por nuestra Constitución, la cual reconoce a todos el respeto y cumplimiento de un derecho fundamental, como lo es el principio de tipicidad. Este principio nos da garantías que cualquier tipo penal<sup>16</sup> se deberá encontrar absolutamente determinado y especificado en la ley para efectos de poder aplicar sanciones. De esta manera, se establece expresamente en nuestra Carta Magna que “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella” (inciso final del art. 19 N° 3 CPR)<sup>17</sup>.

13 Para más información consultar Historia de la Ley N° 20.945, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

14 La ley N° 19.911 derogó la sanción penal en caso de actos contrario a la libre competencia en Chile.

15 Presidio menor en cualquiera de sus grados.

16 Comúnmente se entiende por “tipo” la descripción de aquellos actos en que el delito consiste, y se dice que cumple la función de garantía en cuanto “no hay delito sin una descripción (legal) de aquello en que el hecho esencialmente consiste”. Con esto, se termina con las denominadas “leyes penales en blanco” (esto es, cuando no está descrito uno o más elementos esenciales del tipo, por ejemplo, cuando no se detalla específicamente una conducta).

17 Inciso final del numeral 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile. Para diversos autores la inclusión del principio de tipicidad en nuestra Constitución constituye un gran mérito, por cuanto es muy

escaso el número de países que consagra este principio en sus códigos políticos. Como señala la idea de tipicidad, indudablemente es una de las manifestaciones consustanciales del principio de legalidad y, en tal virtud, la consagración de este último debiera ser suficiente para tener acogida la existencia de la taxatividad a nivel constitucional. Sin embargo, basta con examinar lo que a este respecto ocurre en otros países, e incluso la propia realidad legislativa chilena, para advertir la necesidad que la garantía de la tipicidad sea específicamente reconocida por la preceptiva constitucional. Sólo así se obtiene que el imperativo de determinación del hecho punible no quede supeditado a la interpretación judicial y doctrinal y se impide, al mismo tiempo, que el legislador utilice formulas inapropiadas para la tipificación de los delitos.

Para mayor información ver Misseroni Radda, Adelio, El Principio de Tipicidad en la Constitución de 1980, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XV (1993-1994).

De esta manera, tampoco se intentó reemplazar la redacción del tipo penal por una que satisficiera los estándares mínimos permitidos por la Constitución, por cuanto se comprendió que la indeterminación “se produce esencialmente por la naturaleza del derecho de la competencia, cuyos conceptos propios son importados desde la teoría económica, por lo que se trata de conceptos esencialmente dinámicos y cambiantes, y sobre los que no existe consenso en la literatura”<sup>18</sup>. En armonía con lo anterior, y entendiendo que en nuestro país -cada vez en mayor medida- los agentes económicos se desenvuelven en contextos complejos, se estimó que era necesario no introducir “reglas que señalen *per se* las conductas que constituyen atentados contra la libre competencia. La experiencia mundial indica que hoy cada caso debe ser estudiado en su propio mérito, de acuerdo con sus complejidades y particularidades. Por estos motivos, resulta aconsejable mantener una norma amplia con ejemplos básicos, para que los integrantes del organismo, encargados de conocer las causas, decidan de acuerdo al caso concreto, qué conducta constituye un atentado a la libre competencia”<sup>19</sup>.

Cabe hacer presente que este problema de tipicidad no se da en la descripción del tipo contravencional establecido en el artículo 3° del DL 211, por cuanto este no se encuentra dentro de la esfera del derecho penal<sup>20</sup>.

Por otra parte, se estimó que la posibilidad de sancionar con penas privativas de libertad no había logrado ser un disuasivo suficiente para las conductas contrarias a la libre competencia, considerándose de mayor eficacia aumentar considerablemente las multas y hacer solidariamente responsables de su pago a directores, gerentes o administradores de las empresas que incurran en infracciones a la libre competencia.

Efectivamente, el antiguo artículo 1° del DL 211 de 1973 consideraba elementos que establecían una especie de tipo penal en blanco, entregando gran discrecionalidad a los tribunales de justicia. Elementos del mismo eran por ejemplo “que tienda a impedir la libre competencia” o expresiones como sancionar “en general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia”<sup>21</sup>. Esta situación claramente no daba

la certeza jurídica necesaria para que se cumplieran los estándares constitucionales derivados de los principios de tipicidad, legalidad e igualdad ante la ley.

Cabe hacer presente, por otro lado, que a la época de la derogación de la norma penal para el caso de colusión el año 2003 no existía el mecanismo de la delación compensada. Actualmente, uno de los principales argumentos que esgrimieron los detractores de la criminalización de la colusión son los posibles efectos negativos que esta produciría en la eficacia de esta importante herramienta, que ha demostrado ser fundamental para la detección y desbaratamiento de carteles, y por tanto, para la protección de la libre competencia en el país.

### 3.2 El problema del artículo 285 del código penal ¿una solución indirecta?

Una vez derogada la sanción penal para los casos de colusión el año 2003, sobrevivió de facto la posibilidad de aplicar sanciones penales, por cuanto se mantuvo una norma en el Código Penal que, según diversos autores<sup>22</sup>, era plenamente aplicable para los casos de colusión. Esta norma, que no fue derogada por la nueva ley N° 20.945, prescribe que:

“Los que por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualesquiera otras cosas que fueren objetos de contratación, sufrirán las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”<sup>23</sup>.

Esta laxa interpretación implicaba que el Ministerio Público tenía la facultad de ejercer la acción penal contra los miembros de un cartel de forma completamente

18 Torres V., Pablo, Regulación de Carteles en Chile: Reflexiones en torno a la introducción de sanciones penales y sus dificultades para el derecho de la competencia, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2014. Universidad de Chile.

Jenkins, Niels y Kavanagh, J. Economics for Competition Lawyers. New York, Oxford University Press, 2011. LIANOS, I. Lost in Translation: Towards a Theory of Economics Transplants. Jean Monnet Working Paper, 2009.

19 Historia de la Ley N° 19.911, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

20 Para mayor información ver Vallejo y Dufeu. Tipo de injusto monopolístico: Ubicación sistemática y constitucionalidad. Revista de Derecho y Humanidades (10): 2004.

21 Antes del año 2003 nuestra legislación contemplaba el siguiente tipo penal: “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.”.

A su vez, el antiguo artículo segundo establecía la lista de hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, contemplando un literal final bastante amplio que permitía a la autoridad del momento determinar arbitrariamente la existencia de actos contrarios a la libre competencia, sin cumplir con los estándares establecidos en la Constitución: “f) En general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia”.

22 Por ejemplo ver Hernández Basualto, Héctor, La punibilidad de la colusión (secrta) de precios en el derecho chileno, 2012.

23 Artículo 285 del Código Penal.

independiente de lo que sucedía con el procedimiento llevado a cabo ante el Tribunal de la Libre Competencia. Esto evidentemente trae como consecuencia la generación de una duplicidad de esfuerzos por parte del Estado para detectar y sancionar ilícitos, permitiendo que un órgano persecutor y tribunales no especializados en la materia se pronuncien de manera independiente a lo que determinen los órganos cuya competencia contempla el conocimiento específico de estos casos, poniendo por cierto, en riesgo la certeza jurídica. Esta figura generó durante algún tiempo una importante incertidumbre con respecto a cuáles eran las sanciones asociadas a las conductas lesivas a la competencia, al tiempo que hacía ineficaz una herramienta esencial para la detección de carteles, como es la delación compensada<sup>24</sup>. De hecho, esto es lo que habría sucedido en el denominado “caso Farmacias”<sup>25</sup>, en el que existió un requerimiento por parte de la Fiscalía Nacional Económica y paralelamente un procedimiento llevado a cabo por el Ministerio Público por el delito contenido en los artículos 285 y 286 del Código Penal. Finalmente este último procedimiento fue terminado sin éxito para el Ministerio Público, por cuanto la Corte Suprema absolvió en un fallo dividido a los imputados por el delito de colusión, principalmente por razones relacionadas a la aplicación del artículo 285 Código Penal al caso de colusión<sup>26</sup>.

Ante la ocurrencia de este tipo de situaciones, diversos actores han abogado por la pronta derogación del artículo 285 del Código Penal, de manera de poder poner término a la incertidumbre jurídica que este ha generado. Así lo hizo, por ejemplo, la Comisión Asesora Presidencial de Libre Competencia convocada el año 2012, el Informe del Colegio de Abogados AG. enviado a dicha comisión<sup>27</sup> y varios de los expertos invitados a exponer durante la tramitación de la nueva ley en el Congreso Nacional<sup>28</sup>.

Sin embargo, la nueva ley nada dice respecto al artículo 285 del Código Penal, por lo que pretende superar el debate acerca de si este comprende o no los casos de colusión mediante la incorporación de un nuevo tipo penal específico para estos casos. Se debe entender entonces, que por aplicación del principio de especialidad no es posible invocar el artículo 285 del Código Penal para perseguir los actos colusivos. El mencionado artículo 285 quedaría reservado para los casos

de la alteración fraudulenta de precios mediante engaño, en tanto que el nuevo artículo 62 de la ley de competencia se encarga de tipificar los acuerdos entre competidores con el mismo fin.

### 3.3 Análisis del nuevo procedimiento penal en materia de competencia

La colusión es el más grave de los ilícitos en contra de la libre competencia y, como tal, es fundamental que las sanciones que contemple la legislación tengan un efecto disuasivo efectivo, sin que por esto el sistema deje de ser eficiente en la detección y desbaratamiento de carteles. La constitución y mantenimiento de carteles merece el más alto reproche, por lo que en atención al bien jurídico protegido en la materia, no resulta desproporcionado llevar este ilícito al ámbito del derecho penal. Sin embargo, el diseño institucional de Chile en los últimos años, su historial en la materia y las herramientas utilizadas para detectar estos ilícitos hacen que la criminalización de la colusión tenga que ser analizada con suma cautela, toda vez que podría jugar en contra de los objetos buscados.

Como ya se mencionó anteriormente, la nueva ley de libre competencia tomó una opción de diseño institucional y establece que la colusión se le tipificará como un delito, incorporándose dentro de la esfera del derecho penal y conviviendo con el procedimiento llevado a cabo por el Tribunal de la Libre Competencia. Esta fórmula resulta una novedad dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto nos encontramos que frente a un mismo ilícito se sustanciarán dos procedimientos distintos investigados por dos órganos persecutores diferentes y llevados a cabo ante dos tribunales jurisdiccionales<sup>29</sup>.

Ante esta situación, el legislador tomó una serie de resguardos a fin de aminorar los eventuales efectos negativos que esta innovación podría producir y de conseguir una mínima y necesaria armonía entre ambos procedimientos y entre todos los organismos que ahora tendrían competencia en la materia. Sin embargo, como veremos más adelante, aún existen ciertos aspectos que deben ser implementados con cuidado.

<sup>24</sup> Informe Comisión de Libre Competencia del Colegio de Abogados, 2012.

<sup>25</sup> Rol C N° 184-08.

<sup>26</sup> Rol 3139-2015.

<sup>27</sup> De hecho este informe del Colegio de Abogados del año 2012 propone explícitamente “Derogar el artículo 285 del Código Penal o, en subsidio, excluir su aplicación respecto de materias de libre competencia, así como cualquier otro artículo de dicho cuerpo normativo que pudiere ser aplicable a casos de libre competencia”.

<sup>28</sup> Ver Historia de la Ley 20.945, de la Biblioteca del Congreso Nacional.

<sup>29</sup> Esta situación es distinta a la ya conocida en nuestro ordenamiento, donde un mismo hecho puede producir consecuencias y sanciones administrativas y a la vez penales, por cuanto en estos casos serían dos tribunales jurisdiccionales diferentes los encargados de juzgar y sancionar.

### 3.3.1 Sobre el tipo penal

El legislador optó finalmente por agregar al DL 211 de 1973 todo el nuevo articulado relacionado con el tipo penal, las sanciones, el sistema de graduación de penas y las reglas especiales de su procedimiento.

El nuevo tipo penal para sancionar la colusión es el siguiente:

“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 (...)”<sup>30</sup>.

De la comparación de la norma recién transcrita con el tipo penal derogado el año 2003, queda en evidencia el esfuerzo realizado por el legislador por tipificar el delito de una manera bastante más específica y restrictiva, sin que sea posible apreciar reenvíos en blanco ni zonas grises que deban ser llenados, finalmente, por el obrar del juez penal en el caso concreto.

Sin embargo, se contempla un tipo penal que no deja de ser amplio y que a simple vista pareciera establecer un delito de mera actividad, al que se le asocia pena de crimen, y que abarca en su redacción acuerdos que no tienen necesariamente la virtud de afectar la organización de un mercado determinado de manera significativa. Pero lo anterior no es tan claro. Al profundizarse mayormente en la redacción, particularmente desde el punto de vista subjetivo, la figura penal exige dolo y, adicionalmente, un elemento subjetivo del tipo, que en este caso sería celebrar o ejecutar un acuerdo “para”, por ejemplo, fijar precios. Esto significaría que nos encontramos ante un delito de intención subjetiva trascendente. Por ello, no sería punible su comisión mediante dolo eventual, sino solo con dolo directo<sup>31</sup>.

Por otra parte, cabe hacer presente que el tipo penal de la nueva ley prescinde de un requisito que se exigía para la configuración del artículo 3 letra a) del DL 211 hasta antes de la ley N° 20.945, como lo es el hecho que los acuerdos entre competidores “les confieran poder de mercado”. Esta decisión legislativa importa una extensión muy significativa del tipo penal a casos en que los acuerdos

entre competidores no tienen la virtud de afectar de manera relevante la organización de un mercado determinado. Consecuente con ello, la ley modifica en el mismo sentido el artículo 3 letra a) del DL 211, eliminándose también, al menos en parte, la exigencia que el acto confiera poder de mercado. Esta situación podría resultar compleja al abarcar hechos de poca relevancia, al mismo tiempo que el ilícito ya no debería verse como un atentado en contra del mercado sino más bien como una figura que pretende dar protección penal a la observancia de deberes de corrección entre los competidores<sup>32</sup>.

Al momento de invocarse esta nueva norma penal por parte de la Fiscalía Nacional Económica al ejercer la acción penal, y al ser conocida por parte de los tribunales penales en un caso específico, resulta fundamental que se haga en el contexto de casos relevantes, de carteles duros<sup>33</sup>, y no en casos de colaboración legítima entre competidores, por ejemplo, *joint ventures*, ni tampoco donde no hay propiamente un acuerdo, sino que una práctica concertada o, incluso, un mero paralelismo consciente.

### 3.3.2 Sobre las sanciones por colusión aplicables en sede penal

En caso de configurarse el nuevo tipo penal de colusión, los responsables podrán ser condenados con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, lo que equivale a una pena de privación de libertad que va desde los 3 años y un día hasta 10 años. Asimismo, e inspirado en la llamada Ley Emilia, quienes resulten condenados siempre deberá cumplir al menos un año efectivo de privación de libertad<sup>34</sup>. De esta manera, se deja en suspenso por un año la aplicación de la ley de penas sustitutivas a las penas restrictivas o privativas de libertad.

Al respecto, se hace presente que el Tribunal Constitucional declaró la inaplicabilidad por inconstitucional de este mismo artículo de la Ley Emilia: la obligación de cumplir un año de pena efectiva a los conductores que en estado de ebriedad hayan causado lesiones gravísimas o muerte, o que bajo esta misma condición fueran condenados por retrasar la alcoholemia o huir y no dar asistencia a las víctimas de los accidentes de tránsito<sup>35</sup>.

Cabe señalar además que no resulta evidente el fundamento político-criminal de este piso de privación de libertad

<sup>30</sup> Inciso primero del nuevo Artículo 62 del DL 211, de 1973, del Ministerio de Economía.

<sup>31</sup> Un comentario similar hace Juan Domingo Acosta Sánchez respecto al tipo penal anterior al contenido en la ley N° 20.945, en su Minuta observaciones boletín N° 9950-03, de 2016, incluido en el documento Comentarios al proyecto de ley que modifica la legislación sobre defensa de la libre competencia que actualmente se tramita ante el Senado, de 2016, del Colegio de Abogados AG.

<sup>32</sup> Op. Cit. Juan Domingo Acosta Sánchez.

<sup>33</sup> Tal como lo expresó el Ministro de Economía, Luis Felipe Céspedes, durante la tramitación de la ley: “El tipo penal únicamente se refiere a las hipótesis

de “carteles duros”, que son los únicos en los cuales es posible alcanzar una convicción absoluta acerca de la anticompetitividad de la conducta”. Ver Historia de la ley N° 20.945.

<sup>34</sup> El inciso final del artículo 62 de la ley establece que: “Será aplicable lo previsto en la ley N°18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere sancionado”.

<sup>35</sup> Rol N° 2983-16 INA. Tribunal Constitucional.

efectiva de al menos un año. En su virtud, de decretarse una pena sustitutiva, el condenado debe cumplir en todo caso el primer año de su condena privado de libertad, lo que no se condice con los propósitos perseguidos por las penas sustitutivas, uno de los cuales es evitar el contacto criminológico del condenado por delitos de menor gravedad o que son primerizos<sup>36</sup>.

Finalmente, se establece para las personas naturales que sean condenadas por delito de colusión una pena accesoria de inhabilitación absoluta para desempeñar cargos u oficios públicos, cargos de director o gerente en empresas del Estado, cargos de director o gerente en sociedades anónimas abiertas, así como cualquier cargo directivo en asociaciones gremiales o colegios profesionales, por un plazo de cinco años contados desde que la sentencia definitiva quedare ejecutoriada<sup>37</sup>.

Una cuestión que no fue resuelta por el legislador, y que debiera haber sido abordada es la compatibilidad de sanciones que existirá entre lo impuesto por el Tribunal de la Libre Competencia y por lo que determinen los tribunales penales sobre las personas naturales involucradas en un hecho colusivo, que por los mismos fundamentos jurídicos podrían recibir dos sanciones diferentes y por dos tribunales distintos. Nos detendremos más adelante en la materia.

### 3.3.3 Sobre el nuevo procedimiento

En cuanto a los aspectos procesales, la ley 20.945 sufrió diversas modificaciones durante su tramitación desde que fuera presentada al Congreso por el Ejecutivo en marzo del 2015.

Como ya se señaló anteriormente, y aún frente a las dudas que a diversos expertos suscitaba el hecho de volver a introducir una norma penal en materias de competencia, existió un constante ambiente de apoyo transversal a la inclusión de dichas penas por parte de parlamentarios de todos los sectores, siendo en realidad el verdadero foco de discusión parlamentaria la fórmula que debía contemplarse para que este nuevo procedimiento fuera realmente efectivo y permitiera a nuestra institucionalidad avanzar y no estancarse en cuanto a su efectividad y resultados.

El proyecto original optó por la fórmula de modificar el mismo Código Penal agregando tres nuevos artículos que tipificaran la colusión y regularan los aspectos esenciales de su procedimiento<sup>38</sup>. En dicha fórmula se entregaba al Fiscal Nacional Económico el ejercicio exclusivo y discrecional de la respectiva querrela y/o de presentar el requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, incluso de manera simultánea, pudiendo, por tanto, existir casos en que, por los mismos hechos, se hiciera a una persona enfrentar dos procedimientos jurisdiccionales al mismo tiempo ante distintos tribunales, con distintos órganos persecutores, sujeto a distintas reglas, a diferentes sanciones y a distintos principios y estándares probatorios.

Lo anterior fue perfeccionándose con el objeto de mitigar los eventuales efectos negativos que la criminalización de la colusión podía producir, hasta arribar a la fórmula establecida en la nueva ley, donde sólo puede haber un juicio penal luego de la existencia de una sentencia condenatoria por parte del Tribunal de la Libre Competencia, y sólo podrá iniciarse este a través del ejercicio de la acción de manera exclusiva por parte del Fiscal Nacional Económico, dentro del plazo de seis meses contados desde dicha sentencia<sup>39</sup>.

Este mecanismo fue bastante polémico dentro de la tramitación, por cuanto había algunas voces que abogaban porque la acción pudiera estar en manos también del Ministerio Público. Finalmente se descartó la idea, por cuanto se trata de materias de carácter específico y técnico que competen a los órganos especiales existentes para ello, y en atención a la necesidad de proteger el mecanismo de delación compensada. Sin embargo, debido a esta discusión, se establecieron ciertas normas que buscaban velar porque el Fiscal Nacional Económico cumpliera con ciertos estándares al momento de ejercer la facultad de accionar penalmente. De esta manera, la ley prescribe que el "Fiscal Nacional Económico deberá interponer querrela en aquellos casos en que se tratare de hechos que comprometiesen gravemente la libre competencia en los mercados" y que en caso que decidiera no ejercer la acción en casos de colusión, dicha autoridad deberá "emitir una decisión fundada"<sup>40</sup>. Estas dos medidas que buscan limitar la discrecionalidad en el ejercicio de la acción podrían hacer, en la práctica, que ningún Fiscal se arriesgue a no querrellarse contra las personas responsables de una colusión, por cuanto la presión mediática lo haría prácticamente inviable.

<sup>36</sup> Minuta observaciones boletín N° 9950-03, Juan Domingo Acosta Sánchez, 2016, incluido en el documento Comentarios al proyecto de ley que modifica la legislación sobre defensa de la libre competencia que actualmente se tramita ante el Senado, de 2016 del Colegio de Abogados AG.

<sup>37</sup> Inciso segundo del nuevo artículo 62 del DL 211, de 1973: "Asimismo, será castigado con inhabilitación absoluta temporal, en su grado máximo, para ejercer el cargo de director o gerente de una sociedad anónima abierta o sujeta a normas especiales, el cargo de director o gerente de empresas del Estado o en las que este tenga participación, y el cargo de director o gerente de una asociación gremial o profesional."

<sup>38</sup> El proyecto de ley presentado mediante Mensaje Presidencial Boletín 9950-03, de marzo de 2015, en su versión original disponía en su artículo segundo la incorporación de los artículos 286 bis, ter y quáter del Código Penal.

<sup>39</sup> El inciso primero del artículo 64 prescribe que: "Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62 sólo se podrán iniciar por querrela 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 (...)"

<sup>40</sup> Incisos tercero y cuarto del artículo 64 del DL 211, de 1973, del Ministerio de Economía.

En cuanto a las reglas de graduación de la pena, la nueva ley sustrae el caso de delito de colusión de las normas comunes establecidas en el Código Penal y crea normas especiales. En este sentido, se establece que:

- Si no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes: el Tribunal puede recorrer toda la extensión de la pena.
- Si concurren una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante: el Tribunal impondrá la pena en su grado inferior.
- Si concurren una o más circunstancias agravantes sin atenuantes: el Tribunal impondrá la pena en su grado superior.
- Si concurren circunstancias agravantes y atenuantes al mismo tiempo: el Juez determinará la pena en atención al valor de éstas y de la extensión del mal producido.

En caso que la Fiscalía Nacional Económica decidiera ejercer la acción penal, el Ministerio Público comenzaría a desempeñar su rol legal en el respectivo juicio penal. Para lo anterior, la ley entrega ciertas normas mínimas de coordinación entre ambos organismos y establece que el Ministerio Público puede solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el alzamiento de la confidencialidad o reserva de determinadas piezas de su expediente para su utilización en el proceso penal.

Por otra parte, y de acuerdo a la nueva ley, la acción penal prescribe en el plazo de 10 años contados desde que se dicta la sentencia condenatoria del Tribunal de la Libre Competencia<sup>41</sup>. Sobre el particular, cabe señalar que la ley no es clara respecto al punto. Si bien la prescripción de la acción cuenta con un plazo de diez años para extinguirse, el Fiscal Nacional Económico sólo tiene seis meses para ejercerla, contando ambos plazos desde el mismo momento, que es cuando se encuentra ejecutoriada la sentencia del Tribunal de la Libre Competencia.

### 3.4 La delación compensada y la criminalización de la colusión

Existe un amplio consenso respecto al hecho que los carteles constituyen la infracción más gravosa para la libre competencia, principalmente por los importantes perjuicios que estos ocasionan a los consumidores y además porque afectan gravemente la fe pública y la confianza en los mercados.

La delación compensada es un mecanismo que busca inducir la deserción de al menos uno de los miembros del cartel, al cual se le ofrece una reducción o anulación total de la sanción a cambio de confesar su participación en el delito y entregar pruebas que permitan, en forma indiscutible, inculpar al resto de los miembros de la organización<sup>42</sup>. Este mecanismo permite tanto la disuasión *ex ante*, minando la confianza necesaria para formar organizaciones delictivas, haciéndola más riesgosa; la disuasión *ex post*, propendiendo a que los miembros de la organización deserten y denuncien a sus compañeros de colusión por miedo a ser delatados y en consecuencia sancionados; y la mejor persecución y condena de los miembros de estas organizaciones, obteniendo la prueba necesaria para lograr la condena en juicio<sup>43</sup>.

En el derecho de competencia la delación compensada ha sido el mecanismo más efectivo para descubrir, desbaratar y desincentivar la existencia de acuerdos colusorios<sup>44</sup>. En efecto, la experiencia nacional y comparada indica que un programa de delación compensada que ofrezca los incentivos adecuados para solicitar sus beneficios tiene por efecto facilitar la detección de los carteles, reducir su estabilidad, disminuir su duración y reducir los alicientes para coludirse. La evidencia también indica que la delación compensada ha sido un mecanismo mucho más efectivo para desincentivar la formación de carteles, que el aumento de multas<sup>45</sup>.

Antes de esta nueva ley y producto de la incertidumbre generada por la posibilidad de aplicarse el artículo 285 del Código Penal a los casos de colusión, el principal obstáculo que ha enfrentado la delación compensada en nuestro

41 Artículo 65 del DL 211, de 1973, del Ministerio de Economía.

42 González, Aldo, Conceptos y Aplicación de la Delación Compensada en la Persecución de los Carteles, Revista En Foco. 5

43 Saiz, Vicente, Sistema de Delación Compensada en Libre Competencia en Chile: Análisis crítico y propuestas de solución. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 2015.

44 Colegio de Abogados de Chile AG., comentarios al proyecto de ley que modifica la legislación sobre defensa de la libre competencia que actualmente se tramita ante el Senado, enero de 2016. P. 3 cita la siguiente evidencia como respaldo a la eficacia del mecanismo de la delación compensada en el desbaratamiento de carteles: Joan-Ramon Borrell, Juan Luis Jiménez & Carmen García, Evaluating Antitrust Leniency Programs, 10 Journal Of Competition Law & Economics

107 (2014); D. Daniel Sokol, Cartels, Corporate Compliance, and What Practitioners Really Think About Enforcement, 78 Antitrust Law Journal 201 (2012); Jun Zhou, Evaluating Leniency with Missing Information on Undetected Cartels: Exploring Time-Varying Policy Impacts on Cartel Duration, TILEC Discussion Paper No. 2011-042 (Abril, 2013), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1934191>; J.E. Harrington Jr., Optimal corporate leniency programs, 56 The Journal Of Industrial Economics 215 (2008); Cécile Aubert, Patrick Rey, William E. Kovacic, The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels, 24 International Journal Of Industrial Organization 1241 (2006); Massimo Motta & Michele Polo, Leniency programs and cartel prosecution, 21 International Journal Of Industrial Organization 347 (2003).

45 Colegio de Abogados de Chile AG., comentarios al proyecto de ley que modifica la legislación sobre defensa de la libre competencia que actualmente se tramita ante el Senado, enero de 2016.

sistema ha sido la incomunicabilidad que existe frente a un eventual proceso penal posterior. En la práctica, se dejaba abierta la posibilidad que un individuo que accedía al beneficio de la amnistía, aun siendo eximido del pago de una multa en sede de libre competencia, podía quedar sometido a un proceso penal.

El legislador, entendiendo la importancia de la delación compensada y ante la posibilidad que al establecer en la nueva ley la criminalización de la colusión se debilitara este instrumento, extendió también los beneficios de la delación compensada, incluida en nuestra institucionalidad el año 2009, al ámbito de la esfera penal.

Específicamente, se establece en la nueva ley que estarán exentos de responsabilidad penal por el delito de colusión aquellas personas que primero hayan aportado a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes sobre un acto colusivo<sup>46</sup>. De esta forma, el requerimiento del Fiscal Nacional Económico debe individualizar a las personas exentas de responsabilidad penal, y dicha calidad será así declarada por el Tribunal de la Libre Competencia. Sin perjuicio de lo anterior, estas personas deberán proporcionar al Ministerio Público y al tribunal competente los mismos antecedentes que previamente entregaron a la Fiscalía Nacional Económica, y deberán prestar declaración en calidad de testigo (puede perder el beneficio si no declara en dicha calidad).

En el caso de aquellas personas que no sean los primeros en aportar antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica, se les rebaja la pena en un grado, siempre que no concurran circunstancias agravantes. Asimismo, a estas personas no les será aplicable el año de presidio efectivo cuando comparezcan ante el Ministerio Público y el tribunal competente, y ratifiquen su declaración prestada ante la Fiscalía Nacional Económica. Salvo que el requerimiento de esta última involucre únicamente a dos competidores entre sí, y que uno de ellos tenga la calidad de acreedor del beneficio de exención de multa declarada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Para analizar correctamente los efectos de la criminalización de la colusión en la delación compensada resulta necesario revisar también, la forma en que esta herramienta queda consagrada para los casos llevados a cabo ante el Tribunal de la Libre Competencia. De esta manera, la delación compensada en sede de libre competencia funciona de la siguiente manera: en caso de participar en un acto de colusión se podrá eximir de la sanción de disolución de sociedades o personas jurídicas, además de reducir

o eximir de la multa a quienes aporten antecedentes a la FNE que permitan acreditar la conducta y determinar a los responsables, siempre que entreguen antecedentes veraces, precisos y comprobables; no divulguen la solicitud del beneficio hasta hecho el requerimiento al Tribunal de la Libre Competencia; y pongan fin a su participación en el hecho colusivo:

- Al primero que entregue antecedentes (dentro del grupo de responsables de la conducta imputada): se le podrá eximir completamente de la sanción de disolución de la sociedad o de la totalidad de la multa.
- Al segundo que entregue antecedentes: podrán obtener una reducción de la multa siempre que entregue antecedentes adicionales a los presentados por el primero. La multa no podrá ser superior al 50% de la multa que de otro modo le hubiera correspondido.
- El tercero y demás que entreguen antecedentes: no tienen el beneficio de la delación compensada.

El beneficio de la delación compensada no se puede extender a la indemnización de perjuicios.

En este contexto, resulta necesario entonces preguntarnos si la criminalización de la colusión traerá algún tipo de efecto sobre esta importante herramienta. Al respecto, se podría sostener que con la nueva ley se estaría dificultando la auto-denuncia de las personas que participan de un hecho colusivo, toda vez que, aun existiendo la posibilidad de no recibir sanciones pecuniarias, el riesgo de ser privado de libertad siempre es mucho mayor. El exonerarse de multas pierde absoluta relevancia si no va acompañada de una exención equivalente en lo que a cárcel se refiere<sup>47</sup>. La nueva ley exime al primer delator, sin embargo, quien eventualmente pretende denunciarse, ignora si es que alguien ya se delató con anterioridad, caso en el cual terminaría igualmente sancionado penalmente con altas probabilidades de ser privado de libertad.

Para efectos de evitar la situación descrita precedentemente, la Guía de Delación Compensada emanada recientemente de la Fiscalía Nacional Económica establece un proceso de "Consultas Hipotéticas" donde cualquier persona, actuando por cuenta propia o en representación de un interesado en obtener alguno de los beneficios de la delación compensada, puede consultar al Encargado de Delación Compensada de la Fiscalía Nacional Económica si los beneficios se encuentran disponibles respecto de una infracción ocurrida en un mercado determinado, sin necesidad de individualizar al interesado. Esta consulta hipotética no asegura la

<sup>46</sup> El nuevo artículo 63 del DL 211 establece que para que opere la delación compensada en sede penal la aportación de antecedentes debe ser la misma que la establecida en el artículo 39 bis de la misma ley para el caso de delación compensada en sede del Tribunal de la Libre Competencia. De esta forma, se exige que la información aportada deba conducir a "a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables". Asimismo, se exige "1.- Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba

suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal; 2.- Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud, salvo que la Fiscalía autorice expresamente su divulgación, y c) 3.- Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud".

<sup>47</sup> Julio Pellegrini, Puntos de Referencia N° 409 de 2015 ¿Cárcel para la colusión? Seis Opiniones, Centro de Estudios Públicos.

disponibilidad de los beneficios de la delación para el interesado, toda vez que sólo la “Solicitud de Indicador de Postulación” asegura la disponibilidad de los Beneficios<sup>48</sup>.

La incertidumbre podría verse aminorada por el proceso recién descrito. Sin embargo es posible que no exista la motivación suficiente para que alguien consulte a la Fiscalía Nacional Económica ante la eventualidad que alguno de los demás miembros de un cartel ya se haya adelantado a delatarse, toda vez que tal interrogante produciría probablemente el inicio de una investigación del mercado objeto de la consulta por parte de dicho organismo, lo que finalmente podría concluir en una acusación y eventual sanción de privación de libertad para el mismo que realizó la consulta hipotética.

Una manera de hacerse cargo del problema y evitar las secuelas que la criminalización de la colusión puede tener sobre la eficacia a la delación compensada, es que esta “sea uniforme para la sanción penal (cárcel) y la de libre competencia (multas). O bien, que la exoneración o reducción de la sanción sea mayor tratándose de la sanción penal, pero no a la inversa”<sup>49</sup>. La nueva ley no cumpliría necesariamente con esto, y por buscar satisfacer cabalmente el efecto penalizador podría estar entorpeciendo esta valiosa herramienta para detectar y combatir carteles. Tal vez una fórmula que hubiera dado mayor certeza jurídica, hubiera sido que el beneficio de exención de responsabilidad criminal se extendiera a todos los beneficiarios de la delación compensada que hayan accedido a los beneficios del artículo 39 bis del Decreto Ley 211 en calidad de primer delator, comprendidos en la postulación efectuada ante la Fiscalía Nacional Económica, y no solo al primer individuo que haya aportado antecedentes. Asimismo, se podría haber incluido de mejor manera al menos al segundo delator.

### 3.5 Desafíos en la implementación de la criminalización de la colusión

Muchas son las aristas que deben ser consideradas al momento de implementarse toda la normativa penal que esta nueva ley establece en materia de libre competencia. Lo anterior, principalmente porque existen diferencias fundamentales entre el derecho penal y el derecho de la competencia que deben intentar ser conciliadas para que esta nueva inclusión no signifique estancar la efectividad de nuestro sistema.

En efecto, el derecho penal constituye la manifestación sancionatoria más poderosa del ordenamiento jurídico, por cuanto involucra sanciones que incluyen la privación de libertad. Dado lo anterior, el derecho penal está acompañado de un sistema de importantes garantías que protegen a las personas frente al ejercicio del *ius Puniendi* estatal. Por el contrario, cuando nos referimos al derecho de la competencia, nos enfrentamos a un escenario en que el legislador ha establecido una norma de textura abierta y de gran amplitud, de manera que el órgano encargado de su aplicación -el Tribunal de la Libre Competencia- debe llenar de contenido dicha disposición, para lo cual se le reconoce un importante grado de discrecionalidad<sup>50</sup>.

Las consecuencias prácticas de estas diferencias pueden dificultar profundamente la cautela de ilícitos contrarios a la libre competencia. Por lo anterior, hay una serie de situaciones que deben ser analizadas con precaución. Específicamente, nos referiremos a continuación a ciertos aspectos de la nueva ley que, sin duda, podrán producir a futuro más de algún debate jurídico o bien de política pública, al momento en que deban aplicarse por primera vez. Resulta fundamental que las autoridades a cargo de la tutela de la libre competencia actúen con la máxima prudencia posible.

#### 3.5.1 ¿Cumple la nueva tipificación penal con los estándares del principio de tipicidad consagrado en la Constitución?

La experiencia demuestra que las figuras atentatorias contra el mercado que pueden imaginar y poner en práctica los agentes económicos son virtualmente infinitas, de forma tal que la tipificación en esta materia resulta ser una tarea titánica, la que además, por aplicación del principio de tipicidad, produce que la normativa sea siempre superada por la realidad.

Para evitar lo anterior, y sin caer en un tipo abierto y discrecional como la norma derogada el 2003, el legislador optó por establecer un tipo penal bastante específico que no implica reenvíos en blanco que deben ser interpretados por los jueces. Sin embargo, su forma de redacción podría dar cabida a penalizar ciertos actos o convenciones que no necesariamente son constitutivos de delito, o que no tienen ningún impacto relevante.

Aunque ya nos referimos al principio de tipicidad anteriormente, cabe agregar que, para evitar situaciones indeseadas, a la hora de aplicarse esta nueva tipificación

<sup>48</sup> Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión, Fiscalía Nacional Económica, marzo de 2017.

<sup>49</sup> Julio Pellegrini, Puntos de Referencia N° 409, de 2015, ¿Cárcel para la colusión? Seis Opiniones, Centro de Estudios Públicos.

<sup>50</sup> Op. Cit. Pablo Torres V.

penal, la Fiscalía Nacional Económica y los tribunales penales siempre deben evitar que por el hecho de buscar fuertemente que alguien culpable no quede absuelto se termine condenando a un individuo que en realidad era inocente<sup>51</sup>.

Una buena práctica que ayuda en parte a otorgar seguridad jurídica en la materia, sería que la Fiscalía Nacional Económica dictara algún tipo de norma no vinculante o *soft law*, tal como lo ha hecho en lo relativo a las operaciones de concentración y a la delación compensada, en donde explicita los criterios que serán tomados en cuenta por esta, para efectos de ejercer la acción penal.

### **3.5.2 ¿Podrá en la práctica el Fiscal Nacional Económico abstenerse de ejercer la acción penal en caso que exista una sentencia condenatoria del Tribunal de la Libre Competencia?**

Como se señaló anteriormente, el ejercicio de la acción penal quedó radicado de manera exclusiva en la Fiscalía Nacional Económica, de manera que sea este organismo el que discrecionalmente determine si existe mérito suficiente para iniciar un proceso penal. Esto es positivo ya que elimina la incertidumbre que el Ministerio Público persiguiera por cuerda separada a los responsables de un caso específico. Asimismo, al ser la Fiscalía Nacional Económica la encargada de la delación compensada, puede administrar de mejor manera los casos particulares.

Sin embargo, el imperativo legal de que el Fiscal Nacional Económico interponga la querrela criminal en caso que se trate de hechos que comprometiesen gravemente la libre competencia en los mercados provoca una situación un tanto especial. Si se toma en cuenta que la acción penal sólo puede ser ejercida por el Fiscal luego que se emita una sentencia condenatoria por parte del Tribunal de Protección de la Libre Competencia, y si se considera que este último organismo solo dictará un fallo condenatorio en casos en que el ilícito pudiera comprometer la libre competencia de los mercados, pareciera que el único elemento que le daría cierto margen de acción al fiscal sería el calificativo “gravemente”.

En este orden de ideas, ¿a quién correspondería entonces determinar si los hechos comprometen gravemente la libre competencia? Lo razonable sería que el mismo fallo del Tribunal calificara el mayor o menor grado de compromiso que los hechos sancionados tienen con la libre competencia de los mercados. Al respecto, cabe señalar que deberá existir una gran coordinación entre el Fiscal Nacional Económico

y el Tribunal, y que sería deseable que a través de alguna guía o *soft law* se determinaran los elementos y criterios objetivos que permitirán a los eventuales infractores saber si los hechos, actos o convenios que pudieran celebrar significan un grave compromiso a la libre competencia de los mercados.

Por otra parte, respecto a la obligación que tiene el Fiscal Nacional Económico de emitir una decisión fundada en caso que decidiera no ejercer la acción en casos de colusión, se producirá que esta autoridad se encontrará constantemente bajo el escrutinio público, cuestionándosele los argumentos que haya tenido en cuenta para abstenerse de interponer la acción, haciéndose en la práctica mucho más difícil su labor. Tal vez un buen mecanismo para blindar, en parte, la decisión del Fiscal de no activar el proceso penal, sería que el mismo fallo del Tribunal de la Libre Competencia realice algún tipo de recomendación en esa dirección, cuando corresponda.

Finalmente, y en atención a las obligaciones recién revisadas, es probable que sean más los casos en que se interpone la acción penal, a los que haya abstención. Por lo anterior y debido a que los estándares probatorios y los niveles de convencimiento en materia penal son mucho más exigentes que en el procedimiento de competencia, es bastante probable que nos encontremos con diversos casos con fallos condenatorios del Tribunal de la Libre Competencia, pero absueltos por el juez penal.

### **3.5.3 ¿Quedará efectivamente derogado el artículo 285 del Código Penal?**

Si bien ya fue emitida anteriormente una opinión al respecto en el sentido de que al haberse establecido un tipo penal específico para sancionar la colusión, mal podría invocarse la norma del artículo 285 del Código Penal para iniciar un procedimiento por esto. Sin embargo, al no haberse derogado este artículo y al tener la Fiscalía Nacional Económica la exclusividad de la acción penal para el delito específico de colusión, nada obstaría para que el Ministerio Público intentara configurar el delito del 285, por ejemplo, por no compartir la decisión del Fiscal Nacional Económico de abstenerse de iniciar un procedimiento penal. Sin perjuicio de esto, son muy escasas -por no decir nulas- las posibilidades de éxito que esta acción tendría.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que podrían configurarse en el futuro otras aristas penales relacionadas con la libre competencia, con todos los efectos negativos de incertidumbre y dificultades con la delación compensada

<sup>51</sup> Este tipo de errores se les denomina errores Tipo I (condenar inocentes) en contraste con los errores tipo II (absolver culpables). Para más información ver S. Montt, El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas. Documento de Trabajo #1 Centro de Regulación y Competencia, 2010.

que ello produce. Por ejemplo, respecto de la colusión en procesos de licitación pública, el delito de fraude al fisco también puede ser materia de problema penal cuando estamos en presencia del *bid rigging*<sup>52</sup>.

### **3.5.4 En caso que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los Juzgados penales apliquen sanciones simultaneas a personas naturales por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, ¿se estará cumpliendo con el principio del *Non bis in Idem*?**

El principio *ne bis in idem* (o *non bis in idem*) está constituido por la prohibición que una misma persona sea juzgada y/o sancionada dos veces por un mismo hecho. En la tradición del derecho penal europeo-continental, el contenido específico del mismo se identifica con la conjunción de un estándar sustantivo de aplicación jurisdiccional de normas de sanción penal y un estándar de clausura procesal. En tanto estándar de adjudicación, el principio *ne bis in idem* se traduce en una prohibición de consideración o valoración múltiple de un mismo “hecho”, o más técnicamente de una misma circunstancia o aspecto (de uno o más hechos) en la fundamentación judicial de la sanción a ser impuesta sobre una misma persona. En tanto estándar de clausura procesal, el principio se traduce en una exclusión de la posibilidad de juzgamiento de un hecho ante la existencia de otro juzgamiento (anterior o simultáneo) relativo al mismo hecho<sup>53</sup>.

En Chile, si bien no tiene un reconocimiento expreso en la Constitución, se puede sostener que se encuentra implícitamente sustentado en el debido proceso legal exigido por el artículo 19 número 3 de nuestra Carta Magna<sup>54</sup>. Su existencia en nuestro ordenamiento jurídico es sostenido por abundante jurisprudencia, por la doctrina y por encontrarse reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El cumplimiento de este principio ha sido una de las principales preocupaciones y uno de los asuntos más discutidos en el debate relativo al reforzamiento punitivo de la prohibición de la colusión. Si bien es cierto que en nuestro ordenamiento es común que convivan sanciones administrativas con sanciones penales, no deja de llamar la

atención que en este caso específico existan dos sanciones eventualmente aplicadas por los mismos hechos y por dos órganos jurisdiccionales, y no uno administrativo como algunos sostienen.

En caso que el Tribunal de la Libre Competencia decidiera aplicar las sanciones pecuniarias a alguna persona natural y, posteriormente, esta misma persona es sancionada penalmente por los mismos hechos de acuerdo a la nueva norma penal, existiría un evidente caso de *non bis in idem*, además que se podría estar vulnerando el principio general de proporcionalidad que debe estar presente en todo debido proceso.

Una forma de evitar la posibilidad que ocurra la situación anteriormente descrita sería que la sanción pecuniaria fuera aplicada a la persona jurídica que participó en el hecho ilícito y luego la sanción penal a las personas naturales que correspondan.

### **3.5.5 ¿Existirá efectivamente un detrimento de la efectividad de la delación compensada en el descubrimiento y combate de carteles?**

Si bien la materia ya fue analizada en el presente documento, cabe señalar que efectivamente puede debilitarse el mecanismo de la delación compensada, por cuanto los beneficios de esta no se extienden necesariamente a las mismas personas para el caso de requerimiento ante el Tribunal de la Libre Competencia respecto de los procedimientos penales.

Sobre esto, cabe señalar que se estima necesario que la Fiscalía Nacional Económica en coordinación con el Tribunal de la Libre Competencia apliquen de la manera más uniforme posible este mecanismo, tanto en sede de competencia como en sede penal, de manera que no se produzca un desincentivo por parte de los infractores a delatarse. La Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión de marzo de 2017 constituye un buen inicio para dar certeza jurídica, pero claramente podría resultar insuficiente.

<sup>52</sup> Cristian Reyes, Entrevista Anexo I, contenida en Sistema de delación compensada en libre competencia en Chile: Análisis crítico y propuestas de solución, Vicente Saiz U., Memoria para optar al grado, Universidad de Chile, 2015.

<sup>53</sup> Mañalich R, Juan Pablo, El Principio *Ne Bis In Idem* en el Derecho Penal Chileno, Revista de Estudios de la Justicia Nº 15, 2011.

<sup>54</sup> Así lo ha afirmado, en relación con el derecho chileno, la Corte Suprema chilena, por sentencia de 24 de marzo de 2009, rol Nº 169, en referencia

a un caso de imposición de multas en materia laboral, en cuyo considerando 7º se sostiene que el principio *ne bis in idem* “configura una garantía individual innominada, originaria del Derecho Natural y cuyo sustento se halla en el debido proceso legal exigido por el Nº 3 del artículo 19 de la Constitución Política nacional y en la idea de que al admitirse una segunda condena por la misma infracción se produce una manifiesta desproporción entre la falta y su castigo”.

## 4. CONCLUSIÓN

**L**a nueva ley N° 20.945 constituye un avance en varios aspectos en que nuestra institucionalidad se encontraba al debe. Sin embargo, uno de los temas más discutibles de esta tiene que ver con la inclusión de la sanción penal para comportamientos colusivos, por cuanto se agrega un elemento de discutibles efectos a un sistema de protección de la libre competencia que se encontraba en un período de consolidación y demostraba estar teniendo resultados muy positivos.

Con el transcurso del tiempo veremos efectivamente si la criminalización de la colusión constituye un disuasivo más eficaz que la aplicación de altas sanciones pecuniarias e inhabilidades, o bien podremos observar si la inclusión de esta significa un debilitamiento en el mecanismo de la delación compensada, y un retroceso en el descubrimiento y desbaratamiento de carteles.

El rol que deberá jugar la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de la Libre Competencia resulta fundamental para la buena implementación de la nueva ley y para aminorar los eventuales efectos negativos que el nuevo procedimiento penal puede producir en los próximos años.

Finalmente, y como una reflexión personal, es importante destacar cómo desde todos los sectores políticos y de la sociedad civil de Chile se defiende la libre competencia de los mercados, lo cual indica que tanto expresa como tácitamente, los chilenos son partidarios de un sistema de libre mercado, siempre que existan las reglas y regulaciones necesarias para disminuir distorsiones indeseadas, y para evitar esos abusos que tan mal le hacen a la sociedad en general.

## 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- **Bernedo, Patricio.** *Historia de la Libre Competencia en Chile 1959 – 2010*, Fiscalía Nacional Económica, 2013.
- **Tema Público N° 1.231 -1.** *Libre Competencia y Colusión*, 2015, Libertad y Desarrollo.
- Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la defensa de la libre competencia de julio de 2012.
- **Decreto ley N° 211, de 1973**, que fija normas para la defensa de la libre competencia, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra en el Decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.
- **Mensaje N° 9950-03**, 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.
- **Sentencia de la Excma.** Corte Suprema de fecha 29 de diciembre de 2010, dictada en autos rol 1746-2010.
- **Torres V., Pablo.** *Regulación de Carteles en Chile: Reflexiones en torno a la introducción de sanciones penales y sus dificultades para el derecho de la competencia*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2014. Universidad de Chile.
- **Jenkins, Niels y Kavanagh, J.** *Economics for Competition Lawyers*. New York, Oxford University Press, 2011.
- **LIANOS, I.** *Lost in Translation: Towards a Theory of Economics Transplants*. Jean Monnet Working Paper, 2009.
- **Jones, A. y R. Williams.** *The UK response to the global effort against cartels: is criminalization really the solution?* Journal of Antitrust Enforcement, Vol. 2, No. 1., 2014
- **Vallejo y Dufeu.** *Tipo de injusto monopólico: Ubicación sistemática y constitucionalidad*. Revista de Derecho y Humanidades (10): 2004.
- **Historia de la Ley N° 20.945.** Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
  - Ley N° 13.305.
  - Ley N° 19.911.
  - Constitución Política de la República de Chile.
  - Código Penal.
- **Misseroni Radda, Adelio.** *El Principio de Tipicidad en la Constitución de 1980*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XV (1993-1994).
- Informe Comisión de Libre Competencia del Colegio de Abogados, A.G. 2012.
- **Causa Rol C N° 184-08.** Tribunal de la Libre Competencia.
- **Causa Rol 3139-2015. I.** Corte de Apelaciones de Santiago
- Comentarios al proyecto de ley que modifica la legislación sobre defensa de la libre competencia que actualmente se tramita ante el Senado, de 2016, del Colegio de Abogados AG.
- **Causa Rol N° 2983-16 INA.** Tribunal Constitucional
- **González, Aldo.** *Conceptos y Aplicación de la Delación Compensada en la Persecución de los Carteles*. Revista en Foco. 5 y La Delación Compensada o Amnistía en la Lucha Anti-Carteles, Departamento de Economía Universidad de Chile
- **Saiz, Vicente.** *Sistema de Delación Compensada en Libre Competencia en Chile: Análisis crítico y propuestas de solución*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 2015.
- **Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión.** Fiscalía Nacional Económica, marzo de 2017.
- **Puntos de Referencia N° 409.** *¿Cárcel para la colusión? Seis Opiniones*. Centro de Estudios Públicos, 2015.
- **Montt, S.** *El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas*. Documento de Trabajo #1 Centro de Regulación y Competencia, 2010.
- **Reyes, Cristian.** *Entrevista Anexo I, contenida en Sistema de delación compensada en libre competencia en Chile: Análisis crítico y propuestas de solución*, Vicente Saiz U. Memoria para optar al grado, Universidad de Chile, 2015.
- **Mañalich R, Juan Pablo.** *El Principio Ne Bis In Idem en el Derecho Penal Chileno*. Revista de Estudios de la Justicia N° 15, 2011.
- **Hernández Basualto, Héctor.** *La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno*, 2012.
- **Escalona, E.** *Informe comparado en derecho de la libre competencia*. Estudio de Trasfondo Grupo Res Publica Chile, Capítulo 6. Más competencia y protección efectiva de los consumidores.
- **Irarrázabal P, Felipe.** *El Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia*. Fiscalía Nacional Económica.

