

INFORME:

**ANÁLISIS Y PROPUESTA
DE CRITERIOS POLÍTICO
CRIMINALES APLICABLES
AL EJERCICIO DE LA
ACCIÓN PENAL EN
MATERIA DE LIBRE
COMPETENCIA**

MARZO 2017



Verónica Rosenblut G
Alejandro Moreira D.

INDICE

Introducción.

2

I. Principales diferencias existentes entre el ilícito civil y la figura penal de colusión establecidos en el DL 211.

4

II. Contenido y alcance del presupuesto legal: “hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados”.

12

III. Propuesta.

51

I. INTRODUCCIÓN.

A partir del comienzo de la vigencia de la Ley N° 20.945 en nuestro país, se ha introducido un cambio relevante en materia de persecución de los atentados contra la libre competencia. En efecto, entre otras medidas, y siguiendo el tenor de la discusión planteada en el foro, la citada ley a “re-criminalizado” algunas infracciones contra la libre competencia, introduciendo una serie de disposiciones que instalan nuevamente al derecho penal dentro del ámbito regulado por el DL 211.

Frente a esta realidad, la evaluación de la conveniencia que dicho cambio tendrá para el sistema de *enforcement* regulado en el DL 211, forma parte de un análisis que únicamente podrá realizarse convincentemente en un tiempo futuro. Por ahora, los esfuerzos deberán centrarse en dotar de eficiencia práctica a las variaciones del marco jurídico y aportar claridad a la utilización de las herramientas de persecución penal que en este nuevo escenario han sido otorgada a la autoridad de libre competencia.

Es en ese contexto, en el cual la Fiscalía Nacional Económica ha encargado a nuestra oficina, la confección de un Informe, en el que con miras a la posterior elaboración de un Guía, se analice - desde una perspectiva local y comparada -, la dimensión penal y procesal penal del nuevo escenario normativo, con el objetivo de ofrecer criterios que guardando coherencia con el Derecho Penal, y como herramientas de política criminal, permitan a dicha autoridad ejercer seria, fundada y razonablemente, las nuevas atribuciones que en esta materia le han sido concedidas por la nueva regulación.

En cumplimiento de dicho encargo, en el presente Informe se efectúa un análisis que hemos dividido en tres secciones: la primera, destinada a destacar las diferencias que existen entre el ilícito civil del artículo 3° letra a) y la figura penal del artículo 62, como primer paso para comprender la atribución que en este esquema se ha otorgado al Fiscal Nacional Económico, en orden a resolver fundadamente aquellos casos en que no ejercerá la acción para perseguir penalmente los hechos, aun cuando la existencia de la conducta anticompetitiva haya sido establecida en sede civil por sentencia firme.

La segunda sección de este informe, está dedicada a identificar los factores que podrían incidir en el análisis que el Fiscal Nacional Económico debe realizar para efectos de determinar los casos en que **no se compromete gravemente la libre competencia** en los mercados, proponiendo para ello una metodología que comienza por efectuar un análisis construido desde un punto de vista teleológico, en que se recurre a la aplicación de los denominados principios limitadores del *ius puniendi* para excluir aquellos casos que no resultan relevantes para el derecho penal; para continuar luego, revisando las distintas herramientas de política criminal que con el mismo objetivo de “selección” son empleadas en materia de libre competencia por modelos comparados y por los tribunales que en Chile forman parte de dicha institucionalidad; aquellas que en términos similares son utilizadas por otros órganos del Estado que también ostentan la titularidad exclusiva de acciones penales; aquellas cuya utilización se encuentra regulada expresamente en el sistema procesal penal chileno; y, finalmente, aquellas herramientas que como criterios, fueron mencionados en la propia Historia de la Ley N° 20.945.

Para finalizar, y como resultado de los análisis realizados en las secciones primera y segunda, el informe contiene una propuesta de aquellos criterios que el Fiscal Nacional Económico debiera considerar a la hora de resolver el ejercicio de la acción penal, en términos de ponderar su concurrencia, para determinar en base a ellos los casos en que no se compromete gravemente la libre competencia en los mercados.

I. PRINCIPALES DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE EL ILÍCITO CIVIL Y LA FIGURA PENAL DE COLUSIÓN ESTABLECIDOS EN EL DL 211.

1. Objetivos.

Como se señaló brevemente en la parte introductoria, el diseño legal utilizado recientemente por el legislador nacional, para los efectos de introducir en la regulación de libre competencia, una figura mediante la cual sea posible perseguir las responsabilidades penales derivadas de la comisión de una especial forma de actuación anticompetitiva - la colusión -; supone, por un lado, la satisfacción de un requisito sustantivo referido a la afectación grave del bien jurídico protegido como forma de activación del mecanismo procesal persecutor, y, por otro, un ámbito en que la autoridad de libre competencia puede resolver fundadamente no accionar penalmente, en base a criterios que dan cuenta de la ausencia de gravedad de tal afectación.

Para los efectos de comprender este sistema sancionatorio dual, estimamos necesario destacar las diferencias que el delito contemplado en el artículo 62 DL presenta con el ilícito de colusión regulado en el artículo 3° letra a) del mismo DL, para así comprender, a continuación, que el sistema considere un diseño procesal penal, en que el Fiscal Nacional Económico ejerza una facultad que, como contrapartida a la titularidad exclusiva de la acción penal, implica que dicha autoridad puede resolver fundadamente no activar la persecución penal de los hechos, y cuáles serían los criterios que podrían delinear esa política criminal.

La redacción de los mencionados preceptos legales, es la siguiente:

Artículo 62 inc.1°.- "El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo."

Artículo 3° inc.1°.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Inc.2°.- Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los 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, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.

2. Principales diferencias existentes entre el delito de colusión y el ilícito anticompetitivo.

De conformidad con el texto recién transcrito del artículo 62 DL y con las características que la doctrina y jurisprudencia atribuyen al ilícito anticompetitivo regulado en el artículo 3° letra a) del DL 211, las diferencias que resulta posible apreciar entre una y otra figura, y que se consideran relevantes a objeto de lo que más adelante se señalará, en relación con el ejercicio de la facultad conferida por el artículo 64 del mismo DL al Fiscal Nacional Económico, son las siguientes:

- **Sujeto activo:** si bien tanto la figura del artículo 62 como la del artículo 3° letra a) pueden ser cometidas en términos generales por cualquier sujeto, señalándose por ello, al menos en lo que se refiere al ilícito penal, que se trata de una figura de sujeto activo indeterminado, la gran diferencia que en este aspecto existe con el mencionado ilícito civil, es que la **figura penal**, por aplicación del denominado principio de personalidad¹ del derecho penal (y más allá que el acuerdo deba ser “entre competidores”), **sólo puede ser**

¹ CURY URZÚA, Enrique, Derecho Penal Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 2005, pág.90.

cometido por una persona natural, en términos que para poder sancionar la colusión, es necesario que pueda atribuirse a una persona natural la realización de alguna de las conductas típicas descritas en la norma, a diferencia de lo que ocurre en el caso del ilícito anticompetitivo el que puede imputarse en cuanto a su comisión, a una persona jurídica o ente ficticio.

- **Conducta típica:** en esta materia los ilícitos aquí analizados presentan dos importantes diferencias que se refieren, por un lado, al contenido de la conducta, y por otro, a los títulos de imputación que determinan las formas de autoría y participación que resultan posibles en cada una de dichas figuras:
 - a) **En cuanto al contenido de la conducta:** como puede apreciarse a partir de la lectura del texto del artículo 3 letra a), éste sanciona la ejecución o celebración tanto de acuerdos colusorios como de las denominadas “prácticas concertadas”, términos que, en lenguaje especializado, no son sinónimos², diferenciándose así en forma notable del ilícito consagrado en el artículo 62, en la medida en que en dicha figura la conducta prohibida excluye del ámbito penal a las “prácticas concertadas” ya que únicamente se hace referencia al acuerdo;
 - b) **En cuanto a los títulos de imputación:** la relevante diferencia que puede apreciarse en esta materia entre ambos injustos radica, en que mientras la figura del artículo 3º letra a) permite sancionar solamente en calidad de autores de dicho ilícito, a quienes ejecuten o celebren los acuerdos colusorios o las prácticas concertadas, el artículo 62 contiene reglas diferentes y especiales en materia de autoría, en la medida que la comisión de dicho delito puede ser imputada en calidad de autor, al que celebre,

² GRUNBERG PILOWSKY, JORGE, MONTT OYARZÚN, SANTIAGO, “Informe en Derecho. Prueba de la colusión” pág. 44 “En todo caso, la forma más tenue de cooperación prohibida, la práctica concertada, constituye, según Faul y Nikpay, “una forma de coordinación donde las firmas, sin concluir ninguna forma de acuerdo o sin establecer un plan de acción, ‘sustituyen, a sabiendas, los riesgos de la competencia por cooperación práctica’”¹⁵². Los requisitos, todos de fácil cumplimiento en los hechos, son los siguientes: 1) alguna forma de contacto entre las partes, incluyendo contactos indirectos o débiles; 2) consenso cooperativo, que puede construirse incluso a partir del mero hecho de recibir información; 3) conducta subsecuente en el mercado, requisito que se satisface sin dificultad, especialmente si se ha recibido información, la que invariablemente se introduce al proceso de toma de decisiones de la firma.”

ordene celebrar, ejecute y organice el acuerdo colusorio, reconociendo así expresamente la punibilidad de conductas que podrían ser consideradas preparatorias y por tanto excepcionalmente sancionadas en nuestra legislación³; relevando a la inducción o instigación, de requisitos doctrinarios que habitualmente dificultan su utilización como título de imputación⁴; e incorporando en el círculo de autores a personas que no tienen la calidad de “competidores” pero cuya intervención en el hecho es la de reunir voluntades en torno al compromiso colusorio, lo que daría sentido a aquello que fue señalado en el Mensaje del proyecto de la Ley N°20.945, cuando se mencionó como personas naturales que podrían organizar estos acuerdos, a “*directivos de asociaciones gremiales o asesores de las empresas competidoras, se establece una pena principal de crimen, esto es, reclusión mayor en su grado mínimo (5 años y un día a 10 años).*”

- **Bien jurídico tutelado:** atendido el hecho de que en materia penal, para que la conducta que se ha revelado como típica, esto es, que satisface la descripción legal, pueda reprocharse a un sujeto, requiere junto a la culpabilidad⁵, que aquella pueda ser considerada además como “materialmente antijurídica”, es decir, atentatoria contra del bien jurídico protegido, o, en otros términos, el resultado de un juicio en virtud del cual se declara que la conducta típica es contraria a los valores reconocidos por la norma⁶; resulta imprescindible conocer específicamente cuál es el valor social que la norma del artículo 62 en análisis ampara⁷, para los efectos de determinar sus diferencias con el ilícito civil contemplado en el artículo 3 letra a) DL.

En relación con este punto, parece interesante revisar los fundamentos esgrimidos por el Ejecutivo de la época al momento de presentar el Mensaje del Proyecto de la Ley N° 20.945 que incorporó el delito de colusión, en la medida que en aquél se señala, que “*la sociedad chilena ha podido tomar conciencia acerca del inmenso daño que la colusión causa a los mercados y a los agentes económicos que*

³ CURY, ob.cit., pág.560.

⁴ CURY, ob.cit., pág.624.

⁵ ROXIN, Klaus, Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Editorial Civitas, 1997, pag.197.

⁶ CURY, ob.cit., pág. 354.

⁷ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, HORMAZABAL MALARÉE, HERNAN. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Editorial Trotta, Madrid, año 2006., pág. 244.

actúan en ellos, en especial los consumidores. En efecto, se trata de conductas que no sólo generan efectos patrimoniales adversos de inmensa magnitud para las víctimas, sino que además defraudan la confianza de los chilenos en la economía de mercado”, y se agrega que, “Las penas contempladas en esta propuesta han sido determinadas en proporción a los severos daños que estas conductas fraudulentas causan a una gran cantidad de personas al lesionarse la fe pública, la institucionalidad económica y el bien jurídico de la libre competencia.”⁸.

De acuerdo con ello, podría afirmarse que en la base de esta nueva regulación, **el contenido del bien jurídico libre competencia⁹, en la figura penal**, se integra también por otros intereses cuya relevancia se habría explicitado durante la tramitación del proyecto, y entre los cuales se encontrarían el daño patrimonial ocasionado a los consumidores; el daño a otros agentes económicos no involucrados en la colusión, que forman parte de la cadena de producción o distribución en que intervienen los competidores coludidos; la afectación o impacto en los mercados propiamente tales, lo que se relaciona con la efectiva implementación del ilícito en los mercados y la constatación de distorsiones de relevancia a través de una fundada cuantificación de los efectos económicos del cartel; y, la afectación de la confianza en la economía de mercado.

A raíz de ello, la importante diferencia que existiría en relación con este punto con el ilícito anticompetitivo del **artículo 3 letra a)**, consistiría en que los **“otros intereses”** que también integrarían el contenido del bien jurídico libre competencia de la figura penal, y por tanto, su injusto, **no resultarían protegidos en cambio por las infracciones genéricas contempladas en**

⁸ MENSAJE N° 009/363 de S.E. la Presidenta de la Republica con el que inicia un proyecto de ley 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, págs.6 y 7.

⁹ No es materia de este informe debatir acerca de la legitimidad de la criminalización de conductas contra la libre competencia, sin perjuicio que en TIEDEMANN, K., “La competencia como bien jurídico del derecho penal en Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad”. Editorial Jurídica Griley, Lima, año 2007, p. 165 y ss. se exponen justificaciones válidas a la penalización de este tipo de conductas, a nuestro juicio existen diversas justificaciones a dicha decisión, como por ejemplo, la defraudación de las expectativas que el funcionamiento correcto del mercado genera en quienes probablemente no tienen otra alternativa que concurrir al mercado para satisfacer sus necesidades de bienes y productos, como también la simulación que implementan dos o más competidores, frente a los consumidores, no obstante, de las explicaciones de tipo económico que pueden esgrimirse, que muchas veces no dialogan fácilmente con la aproximación ética del derecho penal, ni tampoco con su (supuesto) fin preventivo general.

el inciso primero del artículo 3° ni en los injustos descritos en los literales a), b), c) y d) del mismo artículo tercero.

En efecto, precisando el contenido del **bien jurídico** amparado por el ilícito anticompetitivo del **artículo 3°**, nuestra jurisprudencia ha señalado que *En relación a esta materia esta Corte ha indicado en fallos anteriores (Rol 21536-14) que: “La libre competencia comprende principalmente los derechos y libertades de los productores de bienes y servicios, pero sin desconocer el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado de conservar un mercado altamente competitivo (...) Esto significa que el sistema jurídico de la libre competencia intenta resguardar el mercado y propender a una sana competencia entre quienes desarrollan actividades económicas, permitiendo que se conjuguen diferentes leyes del mercado, entre ellas la libre iniciativa en materia económica, en que el precio de los bienes y servicios queda fijado por la ley de la oferta y la demanda, con miras a que la sociedad pueda obtener equilibrio entre la mejor calidad y los menores precios posibles de los bienes y servicios transables comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado.*¹⁰

¹⁰ Sentencia ROL 27.181-2014, de 29 de octubre de 2015. En doctrina penal se ha sostenido “La doctrina visualiza el carácter de bien de la libre competencia en la operatividad que otorga al sistema de economía de mercado; es el instrumento que hace posible la consecución, no solamente de fines económicos (aumento de bienestar), sino también la finalidad política de permitir el máximo desarrollo posible de la libertad individual. No puede hacer economía (social) de mercado sin libre competencia. Tampoco puede existir libertad de competencia, si está no tiene una mínima protección legal, pues se sabe por experiencia que un sistema, el cual en sus inicios puede ser competitivo, tiende a ser destruido por los propios agentes económicos mediante prácticas restrictivas, si éstas no son controladas administrativa y/o penalmente. Las ideas ultraliberales (basándose en la hipótesis de un mercado perfecto y atomizado) creían que la competencia se protege a sí misma, sin necesidad de intervención estatal alguna. En contra de ello ha quedado demostrado, hace ya cierto tiempo, que se necesita un marco legal mínimo para garantizar la existencia de dicha competencia, pues la teoría económica ha demostrado que ella tiende a autodestrucción y, en un régimen capitalista, lleva a la protección de grupos de interés y empresas transnacionales en perjuicio de pequeñas empresas y de los consumidores. Esta protección legal (y eventualmente penal) no solamente es materialmente necesaria, sino también responde a la propia lógica del sistema económico y político, escogido al igual que la protección de muchos otros bienes jurídicos, pero también responde a una fuerte dañosidad social de los atentados contra la competencia, sobre todo, cuando afectan a los consumidores. Si se manejara otra opción política por cierto que sería criticable la protección penal de la libre competencia, pero una vez admitida su existencia, si se quiere realmente hacer que rinda los frutos económicos y políticos que la ciencia económica le reconoce, ella debe ser protegida legalmente”. Derecho Penal y libre competencia. Manuel BANTO VASQUÉZ. Derecho Penal Económico, pág. 86 y 87. Más adelante, el mismo autor sostiene “El bien jurídico “libertad de competencia” consta de una serie de objetos de protección que pueden verse directamente o indirectamente atacados por una serie de conductas: la libertad contractual y la libertad de contratar de los agentes económicos, el deber de competir, la libertad de desenvolvimiento en el mercado, la estructura competitiva, etc. A través del ataque a estos objetos del bien jurídico, (vinculados mayormente con intereses individuales concretos) se “afecta” a éste en el sentido de “negarle vigencia” o “valor, y esta “afección” será tanto más grave, mientras más exprese el ataque, una mayor negación de valor de éste a través de una grave restricción de los bienes individuales que cobija.”, pág. 92.

Representando el pronunciamiento transcrito, la opinión dominante en materia del contenido del bien jurídico que se entiende protegido por el sistema civil de libre competencia, resulta claro que no quedan comprendidos dentro del ámbito de protección de dicha norma, los **demás intereses que, integrando el contenido del bien jurídico libre competencia, quedan amparados por la figura penal** contemplada del artículo 62 del DL, esto es, y como se dijo, aquellos que se identificarían tanto con el **patrimonio de los consumidores y otros agentes económicos que no forman parte de la colusión, como con la confianza pública en los mercados involucrados.**

- **Antijuridicidad material:** resulta también relevante en este análisis comparativo, destacar la diferencia que, en cuanto a la calificación de **delito de lesión o peligro**, existiría entre el ilícito civil y la figura penal, y que dependerá del contenido material de la antijuridicidad que se atribuya a cada uno de dichos ilícitos, entendiendo que los delitos de lesión, son aquellos que para su consumación requieren que *el objeto de la acción ha de ser realmente dañado*, y los de peligro, aquellos en que basta con que *el hecho sólo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción*¹¹, sin perjuicio de que en relación con estos últimos la doctrina distinga además la existencia de una sub clasificación y considere como delitos de **peligro concreto** aquellos en que *la consumación exige que el bien jurídico que está en la base del injusto se haya encontrado en el caso dado realmente en peligro, que haya existido una probabilidad cierta de su destrucción*, y como delitos de **peligro abstracto**, aquellos en que *basta con que se verifique el comportamiento que ha sido definido por el tipo como peligroso para su consumación*.¹²

Considerando que, según jurisprudencia nacional especializada, en la que se ha analizado la configuración del ilícito civil contemplado en el artículo 3º, la sola puesta en peligro de la libre competencia ya constituye una infracción punible por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia¹³, pero, que aun cuando dicha norma emplea la expresión “*que tienda a...*” para referirse a la conducta genérica que allí se sanciona, la doctrina especializada la ha interpretado como una exigencia de que los actos o convenciones *tengan eficacia causal o productiva*

¹¹ ROXIN, Ob.cit., pág. 336

¹² BUSTOS, Ob.cit., p. 249

¹³ VALDES PRIETO, Domingo, Libre Competencia y Monopolio, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2006, p. 273.

*respecto de un resultado, consistente en la especie en un resultado de colocar en peligro la libre competencia*¹⁴, en nuestro concepto la figura anticompetitiva establecida en el artículo 3º letra a) del DL, debiera considerarse como un ilícito de **peligro concreto**.

Por el contrario, y aun cuando ello puede ser discutible, creemos que es posible sostener en relación con este punto, que la antijuridicidad material del delito descrito en el artículo 62, **exige una efectiva lesión del bien jurídico que ampara la figura**, conclusión a la que puede arribarse no sólo apelando al denominado carácter fragmentario¹⁵ del derecho penal, en cuya virtud la aplicación de sus normas debe reservarse para los ataques más graves sufridos por los bienes jurídicos (efectiva lesión), dando así sentido a la existencia de un sistema que contempla la sanción sucesiva de una misma conducta colusoria por vía civil y penal, sino que, además, a partir de la consideración de que los acuerdos a que se refiere el artículo 62, en sí mismos, encierran una lesión del bien jurídico libre competencia, ya que, desde un punto de vista sistemático, esto es, atendiendo al sentido natural y obvio de las expresiones, debieran entenderse como actos que limitan, restringen o impiden la libre competencia, aquellos efectivamente la lesionan o menoscaban, ya que algo que se “impide” no puede ejercerse, es decir, se niega particular o generalmente, y ello no es otra cosa que una lesión efectiva al valor social amparado por la norma.

Materia de otra reflexión será, sin embargo, tal como se señalará más adelante a propósito de la norma contemplada en el artículo 64 DL, determinar las consecuencias penales que, atendido el contenido que aquí se ha atribuido al bien jurídico libre competencia, como objeto de amparo penal, se asociarán a la mayor o menor gravedad de su lesión.

¹⁴ “Del tenor de dicho artículo se desprende claramente que lo que debe “tender a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia es cualquier hecho, acto o convención. En consecuencia, la tendencia alude a la aptitud causal –y no a un elemento volitivo o subjetivo específico particular del tipo– que han de tener aquellas formas jurídicas para vulnerar la libre competencia. De allí que la expresión “que tienda a impedir, restringir o entorpecer” refiera a un resultado que ponga en peligro la libre competencia. Este es el sentido natural y obvio del término “tender” que significa referirse una cosa a algún término, esto es, que los hechos, actos o convenciones **tengan eficacia causal o productiva respecto de un resultado, consistente en la especie en un resultado de colocar en peligro la libre competencia**”. VALDES, pág. 275

¹⁵ “El carácter fragmentario del derecho penal significa que éste no pretende alcanzar con sus efectos a toda la gama de conductas ilícitas, sino sólo a aquellas que constituyen ataques intolerables en contra de bienes jurídicos cuya subsistencia es capital para la preservación de la convivencia pacífica”, CURY, ob.cit., pág. 88.

II. CONTENIDO Y ALCANCE DEL PRESUPUESTO LEGAL: “**HECHOS QUE COMPROMETIEREN GRAVEMENTE LA LIBRE COMPETENCIA EN LOS MERCADOS**”.

De conformidad con el contenido de la nueva regulación penal y procesal introducida por la Ley N° 20.945, en el inciso segundo del nuevo artículo 64 se estableció, como parte del modelo procesal aplicable a la acción penal que emana de la figura delictiva regulada en el artículo 62 del mismo Decreto, un **presupuesto legal** que, en caso de concurrir, obligaría al Fiscal Nacional Económico a ejercer mediante la interposición de una querrela, la acción penal de que es titular exclusivo, y la **facultad**, para la misma autoridad, de **resolver fundamentadamente no ejercer dicha acción**, aun cuando la existencia del acuerdo colusorio haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. El texto de ambos incisos es el siguiente:

Inciso 2°: 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.

Inciso 3°: El Fiscal Nacional Económico deberá emitir una decisión fundada en caso que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el inciso primero, decidiere no interponer querrela por los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62.

Siendo entonces de vital importancia, tanto para facilitar la operatoria de este sistema como para orientar en esta precisa materia el actuar del Fiscal Nacional Económico a la hora de ejercer la facultad que se le otorga en el inciso 3° de la norma transcrita, **determinar cuándo es posible considerar que NO se está frente a hechos que comprometen gravemente la libre competencia** en los mercados, en el presente trabajo se propone la utilización de una **metodología que comprende dos etapas**: la **primera**, en la que en base a la utilización o aplicación de los denominados principios limitadores del *ius puniendi* (en este caso lesividad y proporcionalidad), se determinará los casos en que no debiera considerarse cometido el delito del artículo 62 por falta de antijuridicidad material, y tipicidad, en su caso; y, la **segunda**, en la que en base a la aplicación de los mismos principios y de una revisión de las herramientas de política criminal mencionadas en la Historia de la Ley N°20.945, utilizadas por organismos

estatales, tribunales de justicia y modelos comparados de libre competencia, se identificarán criterios que puedan ser ponderados por el Fiscal Nacional Económico, para los efectos de determinar cuándo se está frente a hechos que NO satisfacen el presupuesto legal, en la medida que NO comprometen gravemente la libre competencia.

1. Primera etapa: aplicación de principios limitadores del *ius puniendi*.

Como punto de partida de la primera etapa de este análisis, conviene señalar, que los mencionados principios han sido concebidos por la doctrina como *limitaciones que afectan a un Estado social, democrático y de derecho, a la hora de ejercer su facultad de imponer un castigo penal*¹⁶, y que generalmente los respectivos mandatos que entrañan estos principios, se encuentran usualmente dirigidos al legislador¹⁷, de manera que es en el diseño legal del sistema de delitos y penas en donde debe darse aplicación a esos principios, limitando así *ex ante* mediante su sujeción al derecho positivo, la facultad del Estado de sancionar a los ciudadanos por la comisión de un delito.

Sin embargo, existen ciertos principios como el de *proporcionalidad y lesividad u ofensividad*, cuyos efectos la doctrina ha reconocido irradiarse de forma prospectiva, tanto a la adopción de decisiones político criminales por parte de los organismos del Estado encargados de la persecución penal, como a la valoración que corresponde hacer a los tribunales a la hora de resolver sobre la decisión de absolución o condena y determinar la sanción que en su caso corresponde aplicar, señalándose así por parte de algunos autores, que estos principios *han de servir como línea directriz en la creación, aplicación y ejecución de las normas penales*¹⁸

¹⁶ GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal Parte General Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1997, pág.29.

¹⁷ Como ocurre, por ejemplo, fundamentalmente con el principio de legalidad y con el principio de *ultima ratio* o de fragmentariedad.

¹⁸ RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de. "Introducción al estudio de los principios cardinales del derecho penal". Revista de Derecho y Jurisprudencia. t. XCV, n° 3, 1998, p. 103. También en Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado. Año 2, n° 1, agosto de 2001, p.133 a 151.

Con la finalidad de utilizar estos principios para los efectos de delimitar los contornos del presupuesto legal que, de no concurrir, otorga a la autoridad de libre competencia la facultad de resolver no ejercer la acción penal, conviene evidentemente comenzar reseñando lo que mayoritariamente la doctrina nacional y extranjera entiende por tales principios, como forma de descartar, en un primer esfuerzo interpretativo y previo a la definición de cualquier criterio, aquellas hipótesis en que se estima que no ha existido afectación jurídico penalmente relevante del bien jurídico.

1.1. Principios de proporcionalidad y lesividad.

Tal como lo señala nuestra doctrina, la intervención penal se cataloga como una solución de extrema ratio, gobernada, por tanto, por los principios de intervención mínima y de exclusiva protección de bienes jurídicos, en la que el *principio de lesividad u ofensividad*, pasa a convertirse en uno de los principios políticos centrales del Derecho Penal de la democracia, junto a los tradicionales principios de legalidad y culpabilidad. Bajo esta concepción, se agrega también otro principio limitativo de máxima relevancia y postulado por muchos como complemento del de culpabilidad, esto es, el de *proporcionalidad* de la pena, requirente de una vinculación, correspondencia o adecuación que debe darse entre la magnitud del injusto típico y la magnitud de la reacción penal del Estado.¹⁹

Analizando el contenido de estos principios, en lo que respecta en primer lugar al llamado *principio de proporcionalidad*, en términos sencillos, aquél mandata que la sanción o pena que se imponga por la comisión de un delito deba ser proporcionada a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y a los objetivos político-criminales perseguidos²⁰, o en otros términos - y más allá de la teoría acerca de los fines de la pena que decida abrazarse -, a la magnitud de la lesión del bien jurídico protegido, a la intensidad

¹⁹ KÜNSEMÜLLER, Carlos, Artículo "Los principios cardinales del *ius puniendi* a la luz de algunos delitos contra la propiedad contemplados en el Anteproyecto de Código Penal redactado por el Foro Penal", en Revista Polít. Crim. N°1, 2006. A3, p. 1-14.

²⁰ GARRIDO MONTT, ob.cit. pág.49.

del reproche de la conducta que sea posible hacer a su autor y a la nocividad social del comportamiento.²¹

Siendo sin embargo la anterior conceptualización, aquella que la doctrina tradicionalmente efectúa del principio de proporcionalidad como criterio limitador del *ius puniendi*, desde perspectivas más modernas, se ha sostenido también un modo de comprensión del mismo principio, como criterio de evaluación del ejercicio de la potestad punitiva del Estado, operando aquí la proporcionalidad, tanto como criterio de legitimación retrospectiva como **criterio de legitimación prospectiva respecto del ejercicio del *ius puniendi* estatal.**

Como criterio de legitimación retrospectiva, se ha señalado que el principio de proporcionalidad co-constituye el principio de culpabilidad, concretándose en una exigencia de proporcionalidad *strictu sensu*, en el sentido de una determinada correlación entre la pena como medio empleado y el hecho punible como antecedente de la persecución penal. **Como criterio de legitimación prospectiva, a su turno, el principio de proporcionalidad se concreta, básicamente, en una exigencia de necesidad y adecuación del medio empleado respecto de los fines perseguidos** (tratándose de la pena, básicamente, fines de prevención).²²

Pero adicionalmente, en esta segunda dimensión prospectiva, el principio de proporcionalidad colabora en la satisfacción de la necesidad de **legitimación de la potestad punitiva del Estado**, que proviene de la intensidad de la afectación a los derechos fundamentales (libertad ambulatoria e intimidad) de que ella es portadora y que se verifica no sólo **en la ley penal y su realización, la condena penal, sino también en el proceso penal.** Esta última dimensión sistémica de la potestad punitiva, según afirma la doctrina, es el rasgo que la distingue cualitativamente de cualquier otra potestad sancionatoria estatal, de lo que se deriva que la satisfacción de las restricciones del ejercicio de la potestad punitiva no es solamente una condición de legitimidad de la ley penal y la sentencia

²¹ HASSEMER, Winfried, Artículo "*Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*", en *Doctrina Penal*, septiembre de 1989, año 12, Nos.46-47, pág.275.

²² MAÑALICH, Juan Pablo, "*La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación e normas punitivas: ¿Protección de los derechos fundamentales mediante el derecho penal?*", *Revista Derecho y Humanidades* N°11, año 2005, pp.245-258.

condenatoria, sino también un presupuesto legitimante de las medidas cautelares personales y las medidas de investigación.²³

Analizando en segundo término el contenido del denominado *principio de lesividad u ofensividad*, en su formulación más básica, este principio condiciona el rol del derecho penal a la protección de bienes jurídicos fundamentales, de manera que sólo pueden ser punibles, las conductas que lesionan o ponen en peligro intereses jurídicos socialmente valiosos.²⁴

En un segundo nivel de análisis, la doctrina ha articulado sin embargo este principio, en base a dos sub-principios: el de *ofensividad en abstracto*, que podría anclarse a la Constitución mediante una formulación del tipo “nadie puede ser castigado por un hecho que no ofenda bienes jurídicos de relevancia constitucional”; y el de *ofensividad en concreto*, con el cual se podría establecer que “nadie puede ser castigado por un hecho que, aun correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por éste protegido, ningún daño o peligro”²⁵, dimensión que parte de la doctrina nacional²⁶ considera recogida por nuestra Magistratura Constitucional, cuando aquella afirma que *el principio de lesividad no se encuentra expresamente consagrado en la Constitución, es un principio del derecho penal que exige la presencia de un bien jurídico determinado y "realmente afectado" para medir luego la intensidad de la ofensa y, consecuentemente, la sanción.*²⁷

De acuerdo con ello se comprende que, para la doctrina, el primer campo de acción del principio de lesividad u ofensividad debe operar en el marco de la punibilización primaria, limitando al legislador en el ámbito de su discrecionalidad, e identificando con la **etapa de la criminalización secundaria, los más importantes efectos operativos de este principio, con carácter de**

²³ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, Artículo “*La potestad punitiva del estado y el sistema punitivo estatal*”, disponible en https://www.u-cursos.cl/derecho/2011/0/PEDPSV/1/material_docente/bajar?id...

²⁴ GARRIDO MONTT, ob.cit, pág.43.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi, Artículo “*El principio de lesividad como garantía penal*”, conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid el 13 de noviembre de 2008, disponible en publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/.../1911/1921

²⁶ CABEZAS CABEZAS, Carlos, Artículo “*El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. un breve estudio comparado*”, en RDUCN vol.20 no.2 Coquimbo 2013.

²⁷ STC Rol INA N°739/2007, considerando N°15.

herramienta político criminal para algunos²⁸, en donde es el juzgador quien se halla limitado por aquél, en términos que no puede legítimamente someter a un sujeto a una pena ni afirmar la tipicidad de su acción, si el hecho por éste cometido no ha menoscabado (lesión efectiva) de modo grave (principio de insignificancia) un derecho subjetivo (bien jurídico) de una persona física.²⁹

Es en este segundo ámbito, esto es, en el de la criminalización secundaria, en donde surge como una derivación del principio de lesividad - cumpliendo también una función de legitimación de la aplicación de la ley penal - el denominado **principio de insignificancia**, el que, bajo el prisma del principio *nullum crimen*, permite una interpretación restrictiva del Derecho Penal que actualiza su función de carta magna y su "naturaleza fragmentaria", al atrapar conceptualmente sólo el ámbito de punibilidad que sea indispensable para la protección del bien jurídico, de forma que **su aplicación permite en la mayoría de los tipos, excluir desde un principio daños de poca importancia**: maltrato no es cualquier tipo de daño de la integridad corporal, sino solamente uno relevante; injuriosa en una forma delictiva es sólo la lesión grave a la pretensión social de respeto, entre otros ejemplos a que lleva la aplicación de este principio, de acuerdo con la doctrina alemana.³⁰

1.2. Aplicación de los principios como forma de definir el carácter típico y antijurídico de las conductas.

Habiéndose explicado en el punto anterior, aún de forma sintética, el contenido que la doctrina nacional y comparada atribuyen a los principios de lesividad y proporcionalidad, en su función de límites y criterios legitimadores del ejercicio del *ius puniendi* del Estado; como se anticipó, la propuesta que se realiza en este trabajo consiste en una primera etapa, en aplicar dichos principios para los efectos de delimitar, a la luz de la estructura típica del delito de colusión sancionado en el

²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Artículo "*Sobre la evolución de la dogmática del derecho penal en Alemania*", en Consideraciones sobre la teoría del delito, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pág. 21.

²⁹ FINKELSTEIN NAPPI, Juan Lukas, Artículo "*Sistema penal, estado constitucional de derecho, y bien jurídico afectado. Aproximaciones para un cambio de paradigma desde una perspectiva crítica*", disponible en www.derecho.uba.ar/publicaciones/lvc/.../lecciones-y-ensayos-79-paginas-233-265

³⁰ ROXIN, Claus, Política criminal y sistema del derecho penal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág.73 y ss.

tipo penal del artículo 62 del DL 211, **qué tipo de hechos anticompetitivos (acuerdos colusorios) cuya existencia se ha establecido por sentencia firme, no deben considerarse constitutivos de delito, por no haber lesionado de forma jurídico penalmente relevante el bien jurídico** amparado por la norma penal.

Realizando el ejercicio propuesto, debe recordarse entonces, en primer lugar, que según lo señalado, sostener la aplicación del principio de lesividad y su derivado principio de insignificancia, implica aceptar que no es admisible el castigo de la sola conducta imprudente o negligente, sin atender al resultado; ni la imposición de pena igual para el delito consumado que para la tentativa, debiendo además dejar libre de la amenaza penal una determinada conducta humana mientras no se haya mostrado con claridad que produce efectos socialmente dañosos y relevantes, y que, adicionalmente, sostener la aplicación del principio de proporcionalidad, implica vincular la amenaza penal a la dañosidad social del hecho (concepto también vinculado a la índole de *bien jurídico* lesionado o amenazado) y la pena infligida en concreto a la medida de la culpabilidad del hechor³¹.

Pero, además, debe recordarse también, en segundo término, que al momento de efectuar el análisis comparativo con el ilícito anticompetitivo, se señaló, en relación con el delito contemplado en el artículo 62 DL, que aquél podría ser catalogado como un delito de aquellos que la doctrina denomina “de lesión” esto es, aquellos que, para su consumación, requieren de la efectiva afectación del bien jurídico.

Pues bien, en base a las dos consideraciones anteriores, esto es, a la aplicación de los mentados principios y al carácter de delito de lesión del referido tipo penal que aquí se ha propuesto; puede a nuestro juicio realizarse legítimamente, **en base a su nula o escasa lesividad** (ausencia de antijuridicidad material por falta de lesión del bien jurídico) **y a una falta de proporcionalidad que legitime su**

³¹ POLITOFF, RAMIREZ Y MATUS, Lecciones de Derecho Penal Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2003, pág.68 y 71.

persecución y sanción penal, y de forma similar a una *regla de minimis*³²; la siguiente formulación:

Debiera entenderse como casos en que NO se configura el delito de colusión establecido en el artículo 62 DL, los siguientes:

- a) Supuestos de hecho en los que si bien se ha acreditado judicialmente (TDLC + Corte Suprema, en su caso) que se ordenó la celebración de un acuerdo que involucre a dos o más competidores para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, **el acuerdo no llegó a celebrarse;**
- b) Supuestos de hecho en los que si bien se ha acreditado judicialmente (TDLC + Corte Suprema, en su caso) haberse celebrado u ordenado celebrar un acuerdo que involucre a dos o más competidores para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, **aqué! no llegó a implementarse o ejecutarse;**³³

³² GASPAR, J.A. y ARAYA, F., "De la expresión latina de *minimis non curat lex* ("el derecho no se ocupa de bagatelas"), las reglas de *minimis* en derecho de la competencia pretenden subsumir situaciones con niveles de riesgo demasiado bajos como para poner en movimiento la intervención de las autoridades de libre competencia.", Artículo "Derecho Corporativo y de Libre Competencia", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 18, pp. 223-241 [julio 2012]

³³ Este criterio marca un límite con aquellos casos en que puede sin embargo estimarse configurado el ilícito anticompetitivo del artículo 3° del DL 211, ya que, tal como lo ha señalado la Excm. C. Suprema en sentencia de 29 de octubre de 2015, a propósito de las reclamaciones deducidas en contra de la sentencia pronunciada por el TDLC en el denominado caso "Pollos", en su considerando Cuadragésimo primero "De esto surge que no se requiere, para imponer la sanción, que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que el mismo tienda a producir efectos que afecten la libre competencia. En consecuencia, y como antes se ha expresado por esta Corte, no es preciso que se concrete o desencadene un resultado gravoso para el sujeto pasivo de la actividad colusoria desplegada, de manera que, por el sólo hecho de existir la concertación y que ésta busque modificar la conducta de un agente del mercado con el fin de obtener por parte de quienes deciden coludirse un beneficio de índole patrimonial, no puede ser sino considerado como un atentado contra los principios básicos que sustentan la normativa del Decreto Ley N° 211, esto es, el otorgamiento de la misma oportunidad para que todos y cada uno de los agentes de un mercado —como lo es la producción y comercialización de carne de pollo— compitan en igualdad de condiciones, manteniéndose la transparencia de las modalidades de ese mercado para cada uno de los actores que en él intervienen."

- c) Supuestos de hecho en los que si bien se ha acreditado judicialmente (TDLC + Corte Suprema, en su caso) haberse ordenado, celebrado y/o ejecutado o implementado un acuerdo que involucre a dos o más competidores para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, **dichos fines no se hayan logrado;**
- d) Supuestos de hecho en los que si bien se ha acreditado judicialmente (TDLC + Corte Suprema, en su caso) haberse ordenado y/o implementado o ejecutado una conducta que involucre a dos o más competidores para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, **aquella constituya una práctica concertada u otras conductas que no consistan o hayan tenido su origen en un acuerdo de voluntades;**
- e) Supuestos de hecho en los que si bien se ha acreditado judicialmente (TDLC + Corte Suprema, en su caso) haberse organizado, celebrado, ordenado, implementado y/o ejecutado un acuerdo que involucre a dos o más competidores para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, **aquello haya sido realizado en forma imprudente o con dolo eventual.**

Resulta importante aclarar, en relación con el supuesto de hecho contemplado en la **letra d)** precedente, que si bien efectivamente la aplicación de los mencionados principios de lesividad y proporcionalidad, lleva a excluir dicha hipótesis del presupuesto legal del artículo 64 del DL 211, lo cierto es que en ese caso existe, adicionalmente, un **problema de atipicidad**, en la medida que el tipo penal del

artículo 62 del mismo Decreto Ley exige, como se dijo, para la configuración del delito, la existencia de un acuerdo de voluntades.

2. Segunda etapa: determinación de criterios para establecer cuándo un hecho NO compromete gravemente la libre competencia.

Habiéndonos abocado en el apartado anterior a la tarea de determinar, en base a la aplicación de principios limitadores del *ius puniendi* estatal, los casos en que aún acreditada la existencia de un acuerdo colusorio, no debiera estimarse configurado el injusto penal de la figura regulada en el artículo 62 en comento; corresponde ahora determinar en una segunda etapa, los **criterios que debieran ser ponderados para los efectos de determinar** los casos en que, configurándose el delito, se estima que no concurre el presupuesto legal establecido en el artículo 64 para los efectos de activar su persecución penal por parte del Fiscal Nacional Económico, es decir, **casos en que, según la disposición legal, NO se compromete gravemente la libre competencia.**

Para ello, en este apartado, y como paso previo a la formulación de una propuesta de criterios, se efectuará previamente, **una revisión de los distintos criterios de política criminal** que también con fines “selectivos” han sido mencionados en la Historia de la ley o utilizados por el sistema procesal penal chileno, tribunales parte de la institucionalidad chilena de la libre competencia, y otras autoridades administrativas titulares exclusivos de acciones penales y modelos comparados; no sin antes señalar que, de acuerdo con lo que se explicó a propósito del contenido bien jurídico protegido por la figura del artículo 62, **el presupuesto legal** establecido en el artículo 64, esto es, el **grave compromiso de la libre competencia**, debiera necesariamente vincularse a un **plus de antijuridicidad material** que la ley estaría exigiendo a ciertas conductas colusorias, para los efectos de que resulte justificada su sanción penal

2.1. Legitimidad del Fiscal Nacional Económico para definir estos criterios.

Antes de efectuar esta revisión, que nos orientará en la tarea de determinar cuáles podrían ser los criterios ponderables por el Fiscal Nacional Económico para los

efectos de determinar cuándo un hecho NO compromete gravemente la libre competencia en los mercados, estimamos importante aclarar que, más allá de la facultad que la legislación de libre competencia le confiere en la letra s) del artículo 39 DL 211³⁴, en nuestro concepto, en el ejercicio de esta discrecionalidad, no cabría formular ningún tipo de cuestionamiento a la mencionada autoridad de libre competencia, en la medida que **existirían argumentos históricos y dogmáticos, que legitimarían la definición por su parte, de criterios de política criminal.**

En efecto, no sólo durante la tramitación de la Ley N° 20.945, concretamente, en su tercer trámite constitucional, se afirmó por parte de la autoridad económica de la época³⁵, *“que el Gobierno considera que la FNE es la autoridad más adecuada para encargarse de esta función, por su carácter de organismo especializado en materias de libre competencia y por sus competencias técnicas, y está en mejor posición que el Ministerio Público para determinar si una colusión compromete gravemente la libre competencia en los mercados.”*, sino que, además, los más importantes autores de Derecho Penal extranjero, han atribuido a la política criminal, un significado de elemento fundamentador del contenido de las categorías del sistema dogmático actual, en términos de orientación de la elaboración doctrinal de la teoría del delito, a la obtención de ciertas finalidades «prácticas» en relación con la persecución de la criminalidad.³⁶

Pero adicionalmente, al haber sostenido nuestra doctrina penal, a propósito de las diferencias que existirían entre las exigencias de legitimación para fundamentar la punición y la exclusión de la punición de determinadas conductas³⁷; que, es bastante aceptada la tesis de que para la fundamentación de la exclusión de la punibilidad no pueden regir las restricciones formales que bajo el *nullum crime nulla poena sin lege* determinan la fundamentación de la punibilidad³⁸, no resulta en

³⁴ Artículo 39 s) DL 211: *“Dictar instrucciones a las que habrá de sujetarse el ejercicio de las atribuciones y el cumplimiento de los deberes acerca de los que trata este artículo”*

³⁵ Intervención del Sr. Ministro de Economía, don Luis Felipe Céspedes, ante la Comisión Mixta en tercer trámite constitucional, según se lee del Informe evacuado por dicha Comisión, pags.12 a 15.

³⁶ ROXIN CLAUS, La evolución de la Política criminal el derecho penal y el proceso penal, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2000, ANEXO Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites, SILVA SÁNCHEZ, J. Ma., pag.95 y ss.

³⁷ En términos que la legitimación de la fundamentación de pena debe ser siempre más exigente que la legitimación de la fundamentación de la impunidad.

³⁸ MAÑALICH, Ob.cit.

absoluto contrario a otro de los principios más básicos del sistema penal, el de legalidad, que por vía administrativa una autoridad del Estado defina y resuelva, dentro de sus facultades, una política criminal en base a la cual determine **cuáles hechos de aquellos que el legislador ya ha regulado y sancionado como delitos** (respeto al principio de legalidad) **no perseguirá penalmente.**

2.2. Criterios de política criminal que integran el sistema procesal penal chileno.

Con la finalidad orientadora antes señalada, nos parece en primer lugar relevante, dar una mirada a la forma y fundamentos en base a los cuales están estructuradas algunas herramientas de política criminal que integran en la actualidad el sistema procesal penal chileno, tal como ocurre con el legalmente denominado, Principio de oportunidad.

La razón por la cual nos parece pertinente revisar la estructura y lógica de este instituto procesal, corresponde a que su utilización por parte del órgano persecutor, dándose los requisitos legales, supone la adopción y posterior ejercicio por parte de dicho organismo, de criterios de política criminal, para los efectos de determinar cuándo se da el presupuesto legal en virtud del cual el Ministerio Público puede resolver comunicar al tribunal, como en seguida puede apreciarse, su decisión de **no llevar adelante o no continuar la persecución penal de hechos determinados.**

*Artículo 170 C.P.P.- Principio de oportunidad. Los fiscales del ministerio público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un **hecho que no comprometiére gravemente el interés público**, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.*

El ejercicio de esta facultad se regulará mediante instrucciones generales dictadas por el Ministerio Público, con el objetivo de establecer un uso racional de la misma.

Para estos efectos, el fiscal deberá emitir una decisión motivada, la que comunicará al juez de garantía. Éste, a su vez, la notificará a los intervinientes, si los hubiere.

Informe sobre análisis y propuesta de criterios político criminales aplicables al ejercicio de la acción penal en materia de libre competencia.

Como puede apreciarse, en la misma línea del modelo establecido en el inciso segundo del artículo 64 del DL 211 en comento, el inciso primero de esta norma contiene un presupuesto legal, en este caso negativo, consistente en que el *hecho no comprometiére gravemente el interés público*, cuya concurrencia es requerida para los efectos de gatillar la posibilidad de que el órgano persecutor ejerza la facultad que dicha norma prevé.

Revisando los fundamentos que el legislador procesal penal tuvo en vista a la hora de establecer en el código del ramo esta herramienta de política criminal, puede advertirse cómo, ya desde el Mensaje del Proyecto de Ley del nuevo código, se señalaba que *"...el actual sistema es ineficiente en la criminalidad común e inexistente con respecto a la criminalidad socialmente menos vulnerable y de más alta lesividad. Es, pues, necesario instituir un órgano -el Ministerio Público- que en base a criterios político-criminales explícitos y sometido a estrictos controles de responsabilidad, conduzca la selectividad del sistema penal hacia la criminalidad más lesiva. Esa reforma procesal penal supondrá, así, una persecución más eficiente y una selectividad en base a criterios político-criminales explícitos."*³⁹⁴⁰

En el mismo sentido, durante la tramitación del proyecto, y frente a las dudas que la entrega de una herramienta de selectividad criminal de estas características al Ministerio Público, despertaba en algunos legisladores, se aclaró que con ello se estaba *muy lejos de fomentar la impunidad, ya que está exclusivamente reservado a los delitos cuya penalidad no exceda de presidio menor en su grado mínimo (61 a 540 días); a delitos que no tienen verdaderamente una peligrosidad social importante, pero que, sin embargo, atiborran las secretarías judiciales*⁴¹, agregándose, en relación con sus fundamentos, que *Entre las causas que suelen esgrimirse para justificarlo, están la poca relevancia social que supone la comisión del hecho, la pronta reparación de la víctima, el evitar los efectos criminológicos de las penas privativas de libertad de corta duración, la readaptación del delincuente al someterse voluntariamente a un proceso rehabilitador, la posibilidad de obtención del perdón, favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, etc.*⁴²

³⁹ Texto Mensaje de Proyecto de Ley del nuevo Código Procesal Penal, Boletín N° 1630-07-1.

⁴⁰ En el mismo sentido TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2005, pág.47.

⁴¹ Primer Informe Comisión de Constitución Cámara de Diputados. Fecha 06 de enero de 1998. Cuenta en Sesión 23, Legislatura 336 Boletín N° 1630-07-1. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto de ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal. Pág.220

⁴² Primer Informe, ob.cit., pág.341.

Finalmente, en lo que resulta relevante como elemento de interpretación, en segundo trámite constitucional del Proyecto, la redacción original del artículo citado en donde se regulaba el Principio de oportunidad fue modificado, al acogerse una indicación de los HH. Senadores señores Bombal, Larraín, Stange y Urenda, destinada a suprimir, en el inciso primero, la expresión “por su insignificancia”, señalándose expresamente que, *aun cuando es una expresión utilizada por la doctrina, resulta superflua, porque el concepto queda perfectamente descrito con la expresión “hecho que no comprometiére gravemente el interés público”*.⁴³

De la breve reseña efectuada en relación con la Historia de la norma mediante la cual se incorporó como parte del sistema procesal penal el denominado Principio de oportunidad, puede colegirse, que **el contenido del presupuesto legal negativo establecido en dicho precepto, consistente en que se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, refiere a un criterio de suficiencia o “gravedad” mínima de los hechos, en términos que la insignificancia que satisface el presupuesto legal puede identificarse, en lo que aquí resulta relevante como criterio de política criminal utilizable en sede de libre competencia, con la poca relevancia social que supone la comisión del hecho.**

Por otra parte, y en relación con lo previsto en el inciso segundo del artículo 170 del C.P.P., en donde se establece que “*El ejercicio de esta facultad se regulará mediante instrucciones generales dictadas por el Ministerio Público, con el objetivo de establecer un uso racional de la misma.*”, resulta también importante señalar que en el año 2008, fueron dictados por el Fiscal Nacional de la época, los denominados “criterios de actuación” vigentes en materia de aplicación del Principio de oportunidad⁴⁴, señalándose en lo que aquí puede ser útil, que “*En los demás delitos respecto de los cuales esta facultad fuere procedente, conforme las referidas exigencias del artículo 170, los fiscales tendrán presente como un factor que limita su aplicación, la reiteración de denuncias presentadas en contra del mismo imputado*”.

⁴³ Historia de la Ley N° 19.696 Página 1380 de 2479 SEGUNDO INFORME COMISIÓN CONSTITUCIÓN

⁴⁴ Oficio FN 790-2008 criterios de actuación en materia de archivo provisional, principio de oportunidad y facultad de no inicio.

2.3. Criterios de política criminal adoptados por otros titulares exclusivos de acciones penales.

Con la misma finalidad que se señaló en el apartado anterior, estimamos útil revisar cuáles han sido los **criterios que, aún en la dirección contraria**, esto es, para fundar el ejercicio (y no para desestimarlas) de las acciones penales, han sido utilizadas por otros organismos del Estado que también son titulares exclusivos de dichas acciones, sin perjuicio de que los mismos, por distintas razones de orden institucional, hayan o no sido oficializados en algún tipo de directriz administrativa.

En este orden de cosas, parece relevante hacer en primer lugar mención a los criterios que con tal finalidad fueron elaborados por el **Servicio de Impuestos Internos** en el año 2015, en la **Circular N° 10**, que finalmente nunca llegó a entrar en vigencia, y mediante la cual el Director del mentado Servicio pretendía impartir *“instrucciones sobre el procedimiento a seguir en la interposición de acciones penales por delitos tributarios.”*, de las cuales es titular exclusivo según la legislación tributaria, creando además un organismo interno denominado Comité de Subdirectores⁴⁵, que asesoraría al Director en la decisión de ejercer o no la acción penal, mediante el análisis de los diversos casos que fueran sometidos a su conocimiento y la emisión de una recomendación formal.

En lo que aquí resulta relevante, en el punto N°5 de dicha Circular, el Director del Servicio de Impuestos Interno establecía *“Criterios a considerar para proponer y decidir el ejercicio de la acción penal.”*, los cuales debían ser “a lo menos” ponderados como elementos de juicio, por el referido Comité y por el propio Director (y en instancias previas, por los respectivos departamentos de Fiscalización y Defensa judicial en los informes que debían elaborar) a la hora de emitir su recomendación y adoptar la decisión de ejercer o no la acción penal respecto de los delitos tributarios que se estimaban configurados.

Los criterios que se establecían en la referida Circular, eran los siguientes:

⁴⁵ Según se disponía en la misma Circular, dicho Comité estaría compuesto por el Subdirector de Fiscalización, el Subdirector Jurídico y el Subdirector Normativo, debía sesionar de forma ordinaria una vez al mes, o bien extraordinariamente por disposición del Director y sus decisiones serían adoptadas por mayoría de sus integrantes.

Informe sobre análisis y propuesta de criterios político criminales aplicables al ejercicio de la acción penal en materia de libre competencia.

- *Mérito de la prueba reunida;*
- *Monto del perjuicio al interés fiscal. Respecto de este elemento, para una evaluación integral de la magnitud del perjuicio producido, podrá considerarse la proporción que represente el monto de los tributos evadidos producto del delito, en el total de los impuestos pagados por el contribuyente de que se trate, en los periodos respectivos;*
- *Asimismo, tratándose de delitos tributarios en que el perjuicio fiscal se produce por el aumento indebido del gasto necesario para producir la renta, podrá considerarse la proporción que el gasto deducido de impuesto, producto del ilícito, represente en el total del gasto rebajado por el contribuyente en los periodos correspondientes;*
- *Naturaleza y gravedad de la o las irregularidades sancionadas con pena corporal y pecuniaria;*
- *Posible propagación;*
- *Efecto ejemplarizador que pudiere lograrse en la zona;*
- *Si el contribuyente contó con asesorías contables o profesionales para evadir impuestos;*
- *Reiteración del acto doloso; y,*
- *Cualquier otra circunstancia relevante sobre la conducta del contribuyente.*

En segundo lugar, resulta también interesante conocer la regulación que el **Servicio Nacional de Aduanas** ha establecido, en el Capítulo III del Compendio de Normas Aduaneras, como “3. Procedimiento general para el otorgamiento de la renuncia de la acción penal en las denuncias penales (Artículo 189, inciso 4º, de la Ordenanza de Aduanas)” y de las cuales es titular exclusivo tratándose de los delitos de contrabando.

Como es sabido, por establecerlo así expresamente la Ordenanza que regula la materia, el Servicio Nacional de Aduanas puede resolver no formular denuncia ni interponer querrela respecto de quien haya tenido participación en un delito de contrabando, respecto del cual ostenta la titularidad exclusiva de la acción penal⁴⁶, si aquél ofreciere pagar una suma no superior a una vez el valor aduanero de las mercancías involucradas, de modo que si esta oferta es aceptada por el Director Nacional, los Directores Regionales o los Administradores de Aduana, en su caso, una vez que el interesado haya enterado la suma correspondiente en arcas fiscales

⁴⁶ Artículo 189 O.G.A.- “Las investigaciones de hechos constitutivos del delito de contrabando sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Servicio, por intermedio de su Director Nacional, de los Directores Regionales o de los Administradores de Aduana. “

y cuente con el respectivo comprobante de depósito, se convendrá la renuncia al ejercicio de la acción penal, que tendrá como efecto la extinción de la misma.

Si bien el supuesto que hace posible el ejercicio de esta facultad se encuentra establecido por la propia norma del artículo 189 inciso 4º de la O.G.A. antes parafraseado, y corresponde a la oferta que el interesado realiza de pagar el valor aduanero de las mercancías involucradas, en el Capítulo III del Compendio de Normas Aduaneras se establecen criterios de política criminal, denominado como “casos” en que las referidas autoridades del Servicio Nacional de Aduanas pueden resolver denegar la solicitud u oferta de la “compra” de la acción penal; siendo estos los siguientes:

- *Cuando el hecho denunciado constituya dos o más delitos.*
- *Cuando el mismo hecho constituya infracción a la propiedad industrial y en el proceso penal se haya hecho parte el representante de la marca;*
- *Cuando se trate de contrabando de cigarrillos o de otras mercancías sujetas a tributación adicional o especial, salvo que se trate de pequeñas cantidades, sin perjuicio de su incautación;*
- *Cuando el contrabando se refiera a mercancías que se encuentran protegidas por un régimen jurídico especial, como son las relacionadas con:*
 - *La protección del patrimonio histórico, artístico o cultural;*
 - *La protección de la flora, la fauna y el medio ambiente;*
 - *La protección de la salud y cualquier otro bien jurídico relevante para la sociedad.*
- *Casos de delitos aduaneros en los cuales tenga participación un funcionario público y sea éste quien lo solicita; y*
- *Cuando la entidad de los hechos, el modus operandi o la reincidencia del imputado, hagan aconsejable que se inicie la persecución penal y se resuelva el caso en sede jurisdiccional;*

2.4. Criterios esbozados durante la tramitación del Proyecto de la Ley N° 20.945.

Teniendo plena aplicación en esta materia la Historia fidedigna del establecimiento de la Ley como criterio de interpretación de la ley penal, resulta importante para estos efectos, recordar lo que señalaron durante la tramitación del Proyecto de Ley que devino en la Ley N° 20.945, los representantes del Ministerio de Economía que propusieron la indicación por medio de la cual se incorporó la norma del actual artículo 64 inciso segundo del DL 211 aquí analizado, a propósito de cuáles serían los criterios que podrían ser considerados por el Fiscal Nacional Económico a la hora de determinar cuándo se estaba frente a hechos que comprometían gravemente la libre competencia, en términos de situarlo en la hipótesis de tener que ejercer la acción penal cuya titularidad exclusiva se le estaba concediendo.

Así, en primer lugar, en el tercer trámite constitucional de este Proyecto, ante la Comisión Mixta de la Cámara de Diputados y el Senado, el Señor Ministro de Economía don Luis Felipe Céspedes *llamó la atención respecto de que **no todas las colusiones comprometen gravemente la libre competencia en los mercados, pues existen pactos de este tipo de menor entidad que no ameritan que sean perseguidos criminalmente**, sobre todo teniendo en consideración que el legislador ha impuesto una pena de presidio efectivo de a lo menos un año a quienes intervengan en esta clase de acuerdo*, señalando, empero, que las colusiones de menor entidad no quedarán “impunes” al poder ser adecuadamente sancionadas mediante las multas e indemnizaciones que podían serle impuestas por la judicatura de Libre Competencia⁴⁷, argumentando para ello, tal como puede verse del texto aquí citado, en torno a la aplicación de los principios de lesividad/insignificancia y proporcionalidad a los que antes se ha aludido en el presente trabajo.

Pero, en segundo término, y en lo que aquí resulta más relevante, el Sr. Ministro agregó en la misma oportunidad, *que la constatación acerca **de la gravedad de una***

⁴⁷ Informe Comisión Mixta (págs.12 a 15)

colusión no quedará entregada a la discrecionalidad del Fiscal Nacional Económico. Señaló que, gracias a la secuencialidad establecida en el proyecto de ley, que exige el pronunciamiento previo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y de la Excelentísima Corte Suprema, la decisión que debe adoptar la FNE estará sujeta a criterios de evaluación totalmente públicos y transparentes, contenidos en las sentencias de ambos órganos jurisdiccionales. Expresó que la gravedad es un concepto que tiene un desarrollo importante en la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Excelentísima Corte Suprema, en ambos casos, según se entiende, a propósito de la aplicación del artículo 26 del DL 211, que obliga a considerar al TDLC, al graduar la cuantía de las multas, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese; la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, la capacidad económica del infractor y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación, entre otras circunstancias.

Ahondando en este punto, según puede leerse en el Informe de la referida Comisión, el Sr. Ministro agregó que, *jurisprudencialmente se han definido algunos criterios para calificar la gravedad de una infracción. Entre ellos destacan los siguientes: - Duración de la colusión. - El porcentaje de participación de mercado que las empresas coludidas suman conjuntamente. - La afectación masiva de la población dada la alta demanda del bien o servicio. - El ámbito geográfico afectado. - La baja o nula sustituibilidad del bien o servicio. - La magnitud del alza de precio del bien o servicio. - La alta vulnerabilidad de un cierto grupo de consumidores. - Que el acuerdo haya sido promovido, mantenido y monitoreado en el seno de una asociación gremial.*

Finalmente, y a propósito de una intervención realizada por el H. Diputado señor Farcas, *quien observó que la propuesta de solución del Ejecutivo es sólida, y solo cabe considerar la posibilidad de incorporar la idea propuesta por el Ministerio Público, que plantea una querrela obligatoria cuando se trate de colusiones relativas a productos o servicios de primera necesidad, lo que está vinculado con las normas vigentes de los artículos 285 y 286 del Código Penal; el señor Ministro de Economía, Fomento y Turismo apuntó que el*

concepto de compromiso grave de la libre competencia en los mercados considera la idea de colusiones relativas a tales bienes o servicios.

2.5. Criterios de gravedad empleados por el TDLC y la Excma. Corte Suprema.

En estrecha relación con lo señalado en el punto anterior, nos parece importante también conocer desde una perspectiva referencial, el contenido de los pronunciamientos jurisdiccionales más recientes, emanados tanto del TDLC como de la Excma. Corte Suprema, a los que en la Historia de la Ley N°20.945 se atribuyó la virtud de establecer circunstancias o criterios útiles para calificar la gravedad de los hechos para comprometer la libre competencia; **ejercicio para cuya realización, sin embargo, resulta necesario efectuar previamente dos prevenciones.**

La primera, consiste en aclarar que, con anterioridad a la dictación de la Ley N°20.945, y por tanto, refiriéndose exclusivamente al ilícito contemplado en el artículo 3° del DL 211, los referidos tribunales han señalado enfáticamente que, *como ha reiterado este Tribunal (véanse, por ejemplo, las Sentencias N°119/2012, c.195; N°122/2012, c.124; y, N°139/2014, c.347) la colusión es la más grave de las conductas anticompetitivas*; ⁴⁸, afirmación que en el actual escenario, vendría a sepultar cualquier intento por tratar de dotar de contenido político criminal a una regla procesal como la del inciso 2° del artículo 64 del DL 211, que impone a la autoridad, la obligación de ejercer la acción penal para perseguir un delito que sanciona *la más grande de las conductas anticompetitivas*, precisamente, en aquellos *casos en que se compromete gravemente la libre competencia*, resultando ello una verdadera tautología.

La segunda, relativa a la **necesidad de distinguir, por una parte, la “gravedad de la conducta”** que corresponde a uno de los criterios que se contemplan para determinar el *quántum* de la sanción pecuniaria en el artículo 26 del DL, del **“compromiso grave a la libre competencia”**, por otra, que constituye el supuesto material contemplado en el **inciso segundo del artículo 64**, a partir de

⁴⁸ Fallo Excma. C. Suprema, Rol N° 32.149-2014, de 29 de diciembre de 2015, caso “Colectiveros”.

cuya concurrencia nacería para el Fiscal Nacional Económico, la obligación de ejercer la acción penal.

La distinción apuntada debe necesariamente hacerse, fundamentalmente, por cuanto el criterio de “gravedad de la conducta” del artículo 26 que el sistema pone a disposición del órgano jurisdiccional y no de la autoridad administrativa, es un parámetro aplicable, según doctrina especializada⁴⁹, al “tipo universal anticompetitivo”, esto es, al universo de posibles infracciones a la competencia descritas en las distintas letras del artículo 3º, cualquiera sea su naturaleza, mientras que el “compromiso grave a la libre competencia” del inciso segundo del artículo 64, sólo es aplicable en materia de colusión, y ello, una vez que una sentencia judicial ejecutoriada constata la ejecución de una de aquellas conductas descritas en el tipo penal del artículo 62 del DL 211.

Pero además de lo anterior, la citada “gravedad de la conducta”, es sólo uno más de los criterios que el inciso final de la referida norma contempla para los efectos de que el tribunal pueda determinar, a través de su ponderación conjunta, la cuantía de la multa; pudiendo **identificarse su contenido**, a partir de la observación de los restantes criterios establecidos en el mismo artículo (beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, efecto disuasivo, reincidencia, capacidad económica del infractor, colaboración que haya prestado a la Fiscalía, entre otras circunstancias) y de lo que, como se verá, la propia jurisprudencia del TDLC y de la Excm. Corte Suprema ha señalado, **fundamentalmente, con la naturaleza de la infracción.**

Siendo ello así, y recordando lo que se señaló al momento de efectuar la primera prevención, en el sentido de que la jurisprudencia especializada en materia de libre competencia ha declarado a la colusión como una conducta anticompetitiva “naturalmente grave”; **el hecho de que en sede civil se hubiere invocado por parte de la autoridad administrativa y/o declarado o considerado por parte del órgano jurisdiccional, la gravedad de la conducta para los efectos de determinar la cuantía de la sanción, no produce por sí mismo, ninguna consecuencia en términos penales y procesales penales.**

⁴⁹ VALDÉS PRIETO, ob.cit.

En efecto, siendo en lo que aquí interesa “naturalmente graves” en términos del criterio utilizado por el artículo 26, las conductas colusorias, esto es, aquellas que representan el núcleo del injusto penal, para poder dotar de algún **contenido** útil al **“compromiso grave de la libre competencia”** a que hace referencia el inciso segundo del artículo 64, éste **debe necesariamente vincularse con otros factores** distintos a la naturaleza de la conducta anticompetitiva, como el tipo de mercado o bienes objeto del acuerdo, el tiempo durante el cual sus efectos se han extendido, su extensión geográfica o el eventual perjuicio ocasionado a los consumidores, entre otros, **en términos tales que, de no concurrir** estos factores que puedan dar cuenta de dicha gravedad, el **Fiscal Nacional Económico** pueda resolver no ejercer la acción penal, aun cuando en sede civil el monto de la multa se haya determinado considerando como **“grave”** la conducta.

Efectuadas las prevenciones anteriores, señalaremos entonces con fines meramente referenciales, que en la aplicación de la mencionada regla del inciso final de la letra c) del artículo 26 del mismo DL, tanto el **TDLC** como nuestro máximo tribunal, han señalado, respecto de la **“gravedad de la conducta”**, lo siguiente:

- *Centésimo nonagésimo quinto: Que, a juicio de este Tribunal, la **apreciación de la gravedad de la conducta acreditada en autos debe efectuarse a partir de diferentes elementos. El primero de ellos viene dado por la naturaleza del ilícito sub lite, pues la colusión constituye, unánimemente en la doctrina, en nuestra legislación y en la jurisprudencia de este Tribunal como de la Excma. Corte Suprema, el más lesivo de los atentados a la libre competencia, toda vez que supone suprimir de raíz la incertidumbre y la libre iniciativa propia de los procesos competitivos, reemplazándola por una conspiración entre competidores en perjuicio del bienestar social y los consumidores. Centésimo nonagésimo séptimo: Que el segundo de los elementos a considerar respecto de la gravedad del ilícito en el caso de autos está dado por el tipo de mercado afectado y su importancia relativa en cuanto a la naturaleza del producto o productos que, por causa de la colusión, fueron vendidos a un precio mayor del que se habría obtenido en ausencia de la misma. En este caso, la colusión ha afectado, primero, a productos farmacéuticos destinados -en su gran mayoría- a tratar***

enfermedades crónicas y, además, ha tenido la aptitud de extender sus efectos a toda la categoría de productos Farma vendidos por las requeridas, ocasionando directamente un menoscabo a personas que los requieren para sus tratamientos y que no pueden sustituirlos por otras formas terapéuticas; Centésimo nonagésimo octavo: Que la colusión de las requeridas también debe considerarse como especialmente grave por la extensión del daño causado, que en este caso viene determinada por tres factores: (i) en primer lugar, por la importante participación de mercado de FASA, CV y SB, quienes en conjunto representaban a la fecha de los hechos el 92% de las ventas totales de productos Farma en el país, lo que implicó que la conducta tuviese aptitud para involucrar a casi la totalidad de la oferta en el mercado relevante; (ii) en segundo término, por el número de consumidores afectado por las alzas coordinadas de precios, que en este caso, atendida la participación de mercado antes indicada y más aún si se considera que dicha participación se extiende a todo el territorio de la República, necesariamente es muy elevado, alcanzando potencialmente a la totalidad de la población; y (iii) por la circunstancia de que el acuerdo probablemente se habría mantenido en el tiempo de no haberse iniciado en contra de las requeridas la investigación de la FNE que motivó el requerimiento de autos;⁵⁰

- *Nonagésimo: ... Resulta irrelevante la distinción formulada por Salcobrand respecto a la gravedad de la conducta y del ilícito, puesto que el análisis se centra en que se afectó el precio de bienes que son considerados de primera necesidad por su afección a la salud de las personas, derecho constitucionalmente protegido por el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental. De hecho, precios elevados, como sucedió en la especie, respecto de determinados medicamentos, puede generar que parte de la población no pueda acceder a ellos. El consumidor en un periodo de corto plazo es además afectado psicológicamente desde que es razonable considerar que el precio es la única información de la que dispone. Por otra parte, la gravedad de la conducta se aprecia en razón de los desorbitados niveles de alza de precio de los remedios, siendo por consiguiente indistinto desde la perspectiva del consumidor que los márgenes de comercialización hayan continuado siendo negativos. En consecuencia, las empresas implicadas cometieron una infracción de gravedad extrema, habida cuenta de su naturaleza, de sus repercusiones concretas en el mercado de venta al consumidor*

⁵⁰ Sentencia TDLC N° 119/2012, de 31 de enero de 2012, caso "Farmacias".

*de los productos farmacéuticos y de la dimensión del mercado geográfico afectado.*⁵¹

- *Septuagésimo primero. Que, asimismo, en relación con la **gravedad** de la infracción, como ha sostenido reiteradamente este Tribunal, la **colusión** es la infracción más grave en contra de la libre competencia, la que en este caso, además, se produce en un sector -el transporte público de pasajeros- altamente sensible para la población, pues se trata de un servicio esencial para que los habitantes de las ciudades de Copiapó y Caldera puedan desplazarse;*⁵²
- *Vigésimo sexto: Que esta Corte comparte la determinación del monto de la multa respecto del segundo ilícito anticompetitivo constatado por la sentencia, toda vez que se imponen por el TDLC multas que aparecen mínimas ante la gravedad de la conducta desplegada, siendo de vital importancia hacer hincapié que en el caso concreto la **gravedad de la conducta no sólo está condicionada por la naturaleza del acuerdo anticompetitivo** –subir precios coordinadamente involucrando al 100% del mercado relevante sino que **tiene especial importancia la naturaleza del servicio afectado, toda vez que se trata de un servicio público que satisface un interés general básico de la sociedad; tal calidad la conserva sin importar que quien realice en la práctica tal función sea un particular, pues este último ejecuta el servicio porque el Estado delegó el ejercicio de tal función en virtud de una concesión o de otra figura jurídica.***⁵³
- *Tricentésimo cuadragésimo séptimo: Que, en primer lugar, respecto de la **gravedad de la conducta**, tanto este Tribunal como la Excm. Corte Suprema han resuelto en diversas oportunidades que la colusión es el más grave de los atentados contra la libre competencia, y que la multa a aplicar debe ser equivalente al menos al beneficio económico obtenido por dicha infracción; Tricentésimo cuadragésimo octavo. **Que un elemento agravante de la conducta es la duración de la misma.** Como se desarrolló a lo largo de la presente sentencia, el cartel conformado por las Empresas Avícolas Requeridas y facilitado por la APA comenzó al menos en el año 1994; esto es, diecisiete años antes de la presentación del requerimiento. Durante*

⁵¹ Fallo Excm. Corte Suprema, Rol N°2578-2012, de 7 de septiembre de 2012, caso “Farmacias”.

⁵² Sentencia TDLC N°137/2014, de 19 de junio de 2014, caso “Ruta Buses Caldera-Copiapó”

⁵³ Fallo Excm. Corte Suprema. Rol N° 21.536-2014, de 20 de enero de 2015, caso “Buses Ruta Caldera-Copiapó”

*estos diecisiete años, las Empresas Avícolas Requeridas afectaron artificialmente y de forma sistemática los resultados de la competencia en el mercado, por la vía de coordinar sus acciones, afectando con ello directamente a los consumidores; Tricentésimo cuadragésimo noveno. Que otro factor que este Tribunal considera particularmente grave es el hecho que el acuerdo en cuestión haya sido promovido, mantenido y monitoreado en el seno de una asociación gremial, en la cual además participaban personalmente los más altos ejecutivos de las Empresas Avícolas Requeridas, desviándose así de los objetivos netamente gremiales y distorsionando la competencia que la misma asociación está llamada a fomentar;*⁵⁴.

- *Ducentésimo tercero. Que a todos los mencionados precedentemente se les aplicará prudencialmente una multa a beneficio fiscal, en los términos que se indican en la parte resolutive de esta sentencia; en montos que se ubicarán en el tramo bajo del rango permitido por el artículo 26 c) del D.L. N° 211, toda vez que, si bien la conducta es grave, a juicio de este Tribunal, y por todo lo descrito precedentemente, (i) la extensión del daño causado es baja; (ii) el beneficio obtenido por las requeridas, de haber existido, fue mínimo; y, (iii) como se ha dicho, existió en alguna medida una finalidad gremial para llevar a cabo dicha conducta;*⁵⁵
- *Nonagésimo: Que en los términos que se viene razonando esta Corte considera que en la determinación de la sanción aplicable a las requeridas resulta particularmente relevante el elemento o criterio sancionatorio relacionado con la gravedad de la conducta, teniendo para ello especialmente en consideración el porcentaje de participación que las tres requeridas en su conjunto sumaban en el mercado de producción y comercialización mayorista del pollo; afectación masiva al consumo de la población a lo largo del país, en relación a un producto alimenticio de alta demanda en todos los estratos sociales; se trata además de una conducta que se concretó y mantuvo por extenso periodo de tiempo, años 2000 a 2010, de un cartel que operó con las modalidades de disminución de la producción y asignación de cuotas de mercado, lo que de modo natural conduciría a un beneficio económico, sea por la vía*

⁵⁴ Sentencia TDLC N° 139/2014, 25 de septiembre de 2014, caso "Pollos".

⁵⁵ Sentencia TDLC N° 128/2013, de 29 de enero de 2013, caso "ACHAP"

*de resultar o no un incremento en los precios, o bien su mantención controlada; es importante también la dimensión del ámbito geográfico afectado; existiendo finalmente un alto grado de probabilidad de que la conducta colusiva terminó a raíz de la intervención de la Fiscalía Nacional Económica.*⁵⁶

- *Vigésimo: Que conforme a ese predicamento esta Corte considera, en lo relativo al quantum de las multas impuestas en autos, que es particularmente relevante acudir, en primer lugar, a la gravedad de la conducta, para lo cual debe tenerse en consideración que la colusión constituye de –entre 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, de lo que se sigue que el resultado probable de tal coordinación es la subida de los precios, la restricción de la producción y con ello el aumento de los beneficios que obtienen las participantes. A lo dicho se agrega la consideración del tipo de servicio afectado por los actos colusorios sancionados, que corresponde al de transporte de pasajeros, esto es, se trata de un servicio público que satisface un interés general básico de la sociedad, lo que por cierto conlleva un mayor reproche; que, por consiguiente, los actos denunciados han tenido por efecto el perjuicio de los consumidores, quienes debieron asumir el costo de una tarifa colusoria en un mercado sensible como lo es el transporte de pasajeros, proceder que revela, además, el claro propósito de las requeridas de abusar del poder que poseen; que, por último e íntimamente vinculado con lo anterior, surge la evidente constatación de que mediante los actos colusorios denunciados en autos se afectó a un gran número de personas, pues los acuerdos reprochados afectan a una actividad como la descrita en relación a todas las personas que, en una ciudad del tamaño de Valdivia, requieren utilizar los servicios de transporte público. Vigésimo primero: Que, además, se considera de la mayor relevancia destacar que el acuerdo en comento se extendió por un prolongado lapso de tiempo, de lo que se sigue que la conducta de cuya sanción se trata produjo efectos respecto de todos los demandantes de transporte público de pasajeros en Valdivia por a lo menos 4 años.*⁵⁷
- *A ello se suma que los implicados cometieron una infracción de gravedad extrema, habida cuenta de su naturaleza, de sus repercusiones*

⁵⁶ Fallo Excma. C. Suprema, Rol N°27.181-2014, de 29 de octubre de 2015, caso “Pollos”.

⁵⁷ Fallo Excma. C. Suprema, Rol N° 32.149-2014. 29 de diciembre de 2015, caso “Colectiveros”.

concretas en el mercado de prestación de atenciones sanitarias y de la dimensión del mercado geográfico afectado. La fijación de los precios afectó las reglas de la competencia permitiendo a los requeridos prever que infaliblemente obtendrían un beneficio económico, de lo que se sigue que el interés económico se sobrepuso a la dignidad humana y a la salud de las personas, puesto que a través de la colusión de que se trata no sólo se perturbó la atención ginecológica de las mujeres que habitan en la zona comprendida por el mercado relevante sino que, también, la de sus hijos, que, por lo demás, se extendió al menos entre enero 2012 y octubre de 2013, sin que existan antecedentes concretos de que a esa fecha o con posterioridad se le haya puesto término.⁵⁸

2.6. Criterios de política criminal utilizados en modelos comparados de libre competencia.

Finalizando esta revisión referencial de algunos criterios de política criminal empleados por sistemas legales, autoridades administrativas y organismos jurisdiccionales para los efectos de dotar de contenido los conceptos de “gravedad” a los que aluden las respectivas normativas para denotar aquellos casos en que se justifica la reacción penal o bien la aplicación de una sanción de naturaleza no penal de mayor envergadura; corresponde a continuación reseñar – en base a la síntesis contenida en el documento denominado **“Criterios de persecución penal en derecho comparado”**, preparado por abogados de la Fiscalía Nacional Económica⁵⁹ –, cuáles son los criterios que en el mismo sentido se emplean en ciertos modelos comparados de libre competencia, para resolver cuándo conductas anticompetitivas, pueden o deben ser perseguidos penalmente.

2.6.1. Criterios empleados por la institucionalidad de libre competencia en Estados Unidos para determinar si procede la persecución civil o penal.

Si bien de acuerdo con la Sherman Act, toda infracción a la libre competencia es en principio y desde el punto de vista técnico, un ilícito penal o *felony*; en la

⁵⁸ Fallo Excma. C. Suprema, Rol N° 5609-2015., 7 de enero de 2016, caso “Ginecólogos”.

⁵⁹ Documento preparado por la Unidad Anti-Carteles de la FNE, cuyo texto, de forma resumida y con pequeñas modificaciones de redacción, se **transcribe**, incluidas las citas, en esta parte del Informe.

práctica, la autoridad encargada de perseguir estas infracciones, esto es, el Departamento de Justicia del gobierno norteamericano (DOJ), no persigue criminalmente todas las infracciones de este estatuto, pero ante la ausencia de criterios legales en base a los cuales la referida autoridad pueda resolver cuándo perseguir dichos ilícitos por vía civil o penal, **el DOJ ha elaborado para ello una serie de criterios institucionales**, recopilados en el *Antitrust Division Manual* (“ADM”)⁶⁰, que se estructuran en base a tres tipos de consideraciones:

- a) *Primero, se evalúa si se trata de una infracción anticompetitiva per se o hard core cartel.* Por regla general, el DOJ reserva la persecución penal para los *naked agreements*, *hard core cartels* o acuerdos horizontales ilícitos *per se*, aun cuando no persiga criminalmente todos esos ilícitos *per se*, sino únicamente los acuerdos de fijación de precios, licitaciones fraudulentas y reparto de consumidores o de zonas geográficas de mercado, persiguiendo entre otro, sólo civilmente, aquellos acuerdos que caen dentro de la denominada “regla de la razón”⁶¹.

En cuanto a la distinción entre ilícitos anticompetitivos *per se* de aquellos que deben ser analizados de acuerdo a la “regla de la razón”, los tribunales de Estados Unidos han señalado que las infracciones *per se* “*invariably have the effect of raising prices to consumers, have no legitimate justification*”

⁶⁰ Disponible en <https://www.justice.gov/atr/division-manual>. El ADM establece que, ante la presencia de indicios de una conducta anticompetitiva, el DOJ debe tomar una decisión preliminar acerca de si conducirá la investigación como un asunto civil o penal. En general, la naturaleza de la conducta investigada determinará la naturaleza de la investigación. En consecuencia, si la conducta en cuestión parece ser de aquellas que el DOJ persigue penalmente, y a falta de evidencia clara de que esté presente algún elemento que haga inapropiada la persecución penal, la investigación debería continuar de acuerdo al procedimiento penal. Por otra parte, si se decide desarrollar la investigación de acuerdo a las reglas civiles, y en el transcurso del procedimiento investigativo se descubre evidencia que da cuenta de que sería apropiada la persecución penal, es posible modificar el carácter de la investigación y abrir una investigación penal. *Antitrust Division Manual, Chapter III. Investigation and Case Development*, letras C N°1 y E N°1b.

⁶¹ *Antitrust Division Manual, Chapter III. Investigation and Case Development*, letra C N° 1; *Antitrust Resource Manual*, N°8, *Offices of the United States Attorneys*, disponible en <https://www.justice.gov/usam/antitrust-resource-manual-8-identifying-sherman-act-violations>; y *U.S. Attorneys' Manual*, 7-4.100, disponible en <https://www.justice.gov/usam/usam-7-4000-antitrust-statutes>. En ese sentido, en discursos públicos autoridades del DOJ han señalado que “[...] *the Division focuses its criminal enforcement only on hard core violations. By focusing narrowly on price fixing, bid-rigging, and market allocations, as opposed to the "rule of reason" or monopolization analyses used in civil antitrust law, we have established clear, predictable boundaries for businesses. This narrow focus also helps conserve prosecution and judicial resources by reducing the number of potential cases and also by reducing the complexity of proof: proving the existence of an agreement establishes the violation without the need for the detailed economic testimony common in civil antitrust actions.*” *Criminal Enforcement Of Antitrust Laws: The U.S. Model*, Thomas O. Barnett, Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice. Presented at the Fordham Competition Law Institute's Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, New York, September 14, 2006. Disponible en <https://www.justice.gov/atr/speech/criminal-enforcement-antitrust-laws-us-model>.

*and lack any redeeming competitive purpose and should, therefore, be considered unlawful without any further analysis of their reasonableness, economic justification, or other factors. For most other antitrust offenses, the courts have established an analytical approach labeled the "Rule of Reason". Under the Rule of Reason, the courts must undertake an extensive evidentiary study of (1) whether the practice in question in fact is likely to have a significant anticompetitive effect in a relevant market and (2) whether there are any procompetitive justifications relating to the restraint. Under the Rule of Reason, if any anticompetitive harm would be outweighed by the practice's procompetitive effects, the practice is not unlawful.”*⁶²

En relación con este primer criterio resulta importante mencionar que en el ADM, el DOJ afirma estar comprometido con la persecución penal de todos los asuntos de “mayor significación”, y asegura que los recursos serán asignados conforme a ello⁶³.

- b) ***Si se trata de una infracción per se, se analiza si la persecución penal es o no apropiada.*** Para estos efectos el ADM contempla una serie de situaciones en que, aun cuando la conducta en cuestión parezca una infracción *per se*, la persecución penal puede no ser apropiada; a saber:
- (i) *los precedentes judiciales en casos similares no son pacíficos, por lo que no hay certeza en cuanto al eventual resultado;*
 - (ii) *hay cuestiones de hecho o derecho que no se han presentado en casos anteriores;*
 - (iii) *existe confusión a raíz de decisiones anteriores del órgano persecutor; o*
 - (iv) *hay evidencia clara de que los infractores no sabían, o no dimensionaron, las consecuencias de sus actos*⁶⁴.
- c) ***Si la persecución penal es apropiada en virtud del número anterior, la decisión de investigar dependerá de dos consideraciones:***
- (i) ***Primero, de si las alegaciones de existencia de un ilícito penal son suficientemente plausibles como para investigar. Esta es una decisión discrecional del órgano persecutor.***

⁶² *Antitrust Resource Manual, N°7, Offices of the United States Attorneys.* Disponible en <https://www.justice.gov/usam/antitrust-resource-manual-7-elements-offense>.

⁶³ *Antitrust Division Manual, Chapter III. Investigation and Case Development, letra B N° 1.*

⁶⁴ *Antitrust Division Manual, Chapter III. Investigation and Case Development, letra C N° 1.*

(ii) **Segundo, de sí el asunto es significativo.** Esta determinación es una cuestión flexible que debe resolverse caso a caso, teniendo en consideración diversos factores, tales como:

- el volumen del comercio afectado;
 - la naturaleza de la conducta;
 - la extensión geográfica de la actividad;
 - la posibilidad de expansión de la investigación de un área geográfica o industria particular a otras áreas o industrias;
 - el potencial efecto disuasivo de la investigación;
 - la visibilidad del caso;
 - el grado de culpabilidad de los infractores (considerando, por ejemplo, la duración de la conspiración, la magnitud del sobreprecio, la existencia de actos de coerción o de sanción por el incumplimiento de un eventual acuerdo);
- y
- si la conducta impactó directamente al Gobierno Federal. En virtud de su misión institucional, el DOJ está obligado a perseguir la reparación de toda conspiración atentatoria contra la libre competencia que afecte al Gobierno Federal y, en consecuencia, a los contribuyentes norteamericanos. Por esa razón, este último criterio es, por sí solo, determinante⁶⁵.

2.6.2. Criterios empleados por la institucionalidad de libre competencia en Australia para determinar si procede la persecución civil o penal.

La norma fundamental en materia de libre competencia en Australia es la *Competition and Consumer Act*, de 2010 (“CCA”)⁶⁶, siendo también relevante para estos regulatorios, el *Memorandum of Understanding* suscrito entre la *Australian Competition and Consumer Commission* (“ACCC”) y el *Commonwealth Director of Public Prosecutions* (“CDPP”), de 15 de agosto de 2014 (“MOU”)⁶⁷.

A partir de dicha regulación, en Australia se sanciona la colusión como un ilícito civil y penal en paralelo, en dos disposiciones distintas contenidas en la misma ley (CCA). Tanto en el caso civil como en el penal, la CCA subdivide el ilícito de

⁶⁵ *Antitrust Division Manual, Chapter III. Investigation and Case Development*, letra B N° 1.

⁶⁶ Disponible en <https://www.legislation.gov.au/Details/C2015C00019>.

⁶⁷ Disponible en <https://www.cdpp.gov.au/partner-agencies/memoranda-understanding-mou>.

colusión en dos etapas: el ilícito de suscribir un acuerdo que contenga una cláusula colusoria o *cartel provision*, por un lado (ilícito A), y el ilícito de ejecutar dicho acuerdo, por otro (ilícito B).

La CCA regula en detalle lo que entiende por cláusula colusoria. Adicionalmente, la misma norma contiene una síntesis sobre la materia. De acuerdo a esta síntesis, las cláusulas colusorias serían aquellas referidas a: (i) fijación de precios; (ii) restricciones de producción; (iii) reparto de clientes, proveedores o territorios; o (iv) manipulación de licitaciones⁶⁸.

En dicha regulación, las descripciones del ilícito civil y penal son prácticamente idénticas, la única diferencia que existiría entre ellas radica, en que, de acuerdo a las reglas generales del derecho penal australiano, el ilícito penal exige un elemento subjetivo que no exige el ilícito civil y respecto del cual se aplican las reglas generales de imputación subjetiva establecidas en el *Criminal Code*; de suerte que mientras en el ilícito A (suscribir el acuerdo), el elemento subjetivo exigiría intención de suscribir el acuerdo, y conocimiento o creencia de que el acuerdo contiene una cláusula colusoria, en el ilícito B (ejecutar el acuerdo), el elemento subjetivo exigiría conocimiento o creencia de que el acuerdo contiene una cláusula colusoria, y la intención de ejecutar el acuerdo⁶⁹.

Sin embargo, la ley australiana no establece criterios para determinar cuándo procede la persecución civil o penal de un cartel, por lo que la decisión de optar por una u otra vía, o por ambas simultáneamente, ha sido resuelta en virtud de criterios de política institucional de los órganos intervinientes, establecidos en el MOU⁷⁰.

⁶⁸ Esta síntesis está contenida en el artículo 44ZZSRA. El listado detallado de lo que se entiende por cláusula colusoria está en el artículo 44ZZRD.

⁶⁹ Beaton-Wells, Caron y Fisse, Brent, *Australian Cartel Regulation*, New York, Cambridge University Press, 2011, p. 135.

⁷⁰ La doctrina ha criticado que la decisión de persecución civil o penal dependa exclusivamente de la discrecionalidad del órgano administrativo. En ese sentido, se ha señalado que “[e]n términos generales, Australia tiene un sistema de persecución de la colusión que impone responsabilidad civil y penal a una conducta que comparte los mismos elementos “físicos”. Esta estructura supone que una persona puede ser objeto de dos procedimientos y de dos tipos de sanciones. Adicionalmente, las prohibiciones son excesivamente amplias, y capturan conductas que no son sustancialmente anticompetitivas. Como resultado, el marco legal se apoya excesivamente en la discrecionalidad de las agencias persecutoras para determinar cuándo procede la persecución de la conducta, y si procede la vía civil o penal, o ambas simultáneamente.” Beaton-Wells, Caron y Fisse, Brent, *Australian Cartel Regulation*, New York, Cambridge University Press, 2011, p. 337.

De acuerdo al MOU, sólo procede la persecución penal de los carteles serios⁷¹, estableciéndose en dicho documento que es probable que la ACCC considere que la conducta que está investigando constituye un cartel serio si concurre uno o más de los siguientes elementos⁷²:

- *la conducta fue encubierta;*
- *la conducta causó, o pudo haber causado, perjuicios económicos serios o a gran escala;*
- *la conducta era de larga data, o tuvo, o pudo haber tenido, un impacto significativo en el mercado respectivo;*
- *la conducta causó, o pudo haber causado, una pérdida significativa a los consumidores, o a una categoría de consumidores, o causó o pudo haber causado una pérdida o daño significativo a uno o más clientes de los supuestos participantes del cartel;*
- *uno o más de los supuestos participantes del cartel ha sido hallado culpable por un tribunal de haber participado, o ha admitido haber participado con anterioridad en un cartel, ya sea en sede civil o penal;*
- *ejecutivos senior de una o más de las empresas cartelizadas participaron en la conducta o la autorizaron;*
- *el gobierno, y por ende los contribuyentes, fueron víctimas de la conducta, aun cuando el monto del perjuicio sea relativamente bajo; y*
- *la conducta involucró obstrucción de justicia o algún otro delito colateral cometido en relación con la actividad del cartel.*

Paralelamente, la CCA contempla una serie de **excepciones** referidas a cláusulas que podrían considerarse colusorias, pero que por disposición expresa de la ley no son consideradas ilícitas. Entre ellas, se mencionan acuerdos entre empresas relacionadas, *joint ventures*, sugerencias verticales de precios de venta al público y adquisición de activos o acciones⁷³, contemplándose además la posibilidad de que el interesado solicite a la autoridad una autorización para ejecutar una cláusula que podría considerarse colusoria, caso en que los tipos de ilícito civil y penal de la colusión no serán aplicables⁷⁴.

⁷¹ Memorandum of Understanding, N° 1.2.

⁷² Memorandum of Understanding, N° 4.2.

⁷³ Las excepciones están tratadas en detalle en la Subdivisión D de la División 1 de la Parte IV de la CCA.

⁷⁴ Artículo 44ZZRM de la CCA.

2.6.3. Criterios empleados por la institucionalidad de libre competencia en el Reino Unido para determinar si procede la persecución civil o penal.

En el Reino Unido, la colusión se encuentra regulada de distintas formas dependiendo de si el destinatario de las normas son empresas o personas naturales. Mientras que las empresas solo reciben sanciones civiles por coludirse (en virtud de la CA98 (Capítulo I del Competition Act, 1998) y/o el TFEU (Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), las personas naturales pueden ser perseguidas penalmente por el delito de colusión. Estos procesos (civil y penal) pueden ser llevados simultáneamente. Las normas que contienen el tipo penal de este delito se encuentran en la Sección 188 de la EA02 (Enterprise Act, 2002), que fue modificada por la ERRA13 (Enterprise and Regulatory Reform Act, 2013) ⁷⁵.

De acuerdo a lo señalado en el documento *Cartel Offence Prosecution Guidance* (la “Guía”) de la Competition & Markets Authority (“CMA”)⁷⁶, una persona comete el delito mencionado en la sección 188 (1) de la EA02, si acuerda con una o más personas que dos o más empresas se involucren en acuerdos colusorios, tales como fijación de precios, repartición de mercado, intervención fraudulenta en licitaciones y restricción de la oferta. Este delito está sujeto a ciertas exclusiones y defensas legales, que se mencionarán más adelante. La pena para este delito es de cárcel y/o una multa⁷⁷.

Este delito se entiende cometido sin perjuicio de si el acuerdo es efectivamente implementado por las empresas o no, y se aplica, como se mencionó anteriormente, sólo a personas naturales que acuerden tratos entre ellos. El delito no cubre conductas que no alcancen a ser consideradas un acuerdo. Por ejemplo, el mero hecho de que una persona traspase información de precios confidencial

⁷⁵ Siempre que nos refiramos a la EA02 deberá entenderse incluida la modificación establecida por la ERRA13.

⁷⁶ De acuerdo a lo establecido en la EA02, la CMA debe preparar y publicar una guía respecto de los principios aplicables al momento de determinar si debe o no iniciarse un proceso por un delito cometido según lo dispuesto en la sección 188 (1). En vista de lo anterior, la CMA publicó esta guía que orienta respecto a los casos de carteles. Puede encontrarse la versión completa de este documento en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/288648/CMA9__Cartel_Offence_Prosecution_Guidance.pdf.

⁷⁷ *Cartel Offence Prosecution Guidance*, p. 4.

futura a otra persona natural del competidor no caería dentro del delito, aunque podría constituir evidencia de un acuerdo colusorio⁷⁸.

En consecuencia, de acuerdo con este modelo, para que proceda la persecución penal del delito de colusión será necesario, en primer lugar, que el infractor se trate de una persona natural. Luego, **la decisión de la Competition & Markets Authority (CMA) de perseguir penalmente el delito se tomará aplicando el Full Code Test** descrito en el *Code for Crown Prosecutors*⁷⁹. **Este test tiene dos etapas:**

- a) **La etapa de la evidencia:** en esta etapa, la CMA debe llegar a la convicción que hay evidencia suficiente contra un sospechoso, que entregue una expectativa realista de condenar a esa persona. Debe estar claro que la evidencia es admisible, confiable y creíble. La Guía establece una lista de ejemplos de acuerdos entre empresas que no constituirían evidencia de la comisión del delito de colusión respecto de las personas naturales que participen en dicho acuerdo (sin perjuicio de que las empresas involucradas en el acuerdo puedan ser objeto de sanciones civiles), como restricciones unilaterales y operación de las empresas en diferentes niveles de la cadena de suministro.

Sin embargo, la EA02 contiene **exclusiones legales** al tipo penal que la CMA debe considerar en la etapa de la evidencia, ya que **si estas se aplican al caso debe entenderse que no hay delito. Dichas exclusiones legales son:**

- (i) **La exclusión de notificación** (*the notification exclusion*), referente a que una persona natural no comete delito si bajo los términos del acuerdo los clientes reciben información relevante respecto de éste antes de que dichos clientes celebren actos o contratos respecto del producto o servicio afectado por el acuerdo.
- (ii) **La exclusión de notificación de acuerdos en licitaciones** (*the bid-rigging notification exclusion*), la que se refiere a que no se comete delito si el licitante

⁷⁸ Ibid, p. 10.

⁷⁹ El *Code for Crown Prosecutors* es un documento público emitido por el *Director of Public Prosecutions* que establece los principios generales que los *Crown Prosecutors* deben seguir a la hora de tomar decisiones. Puede encontrarse la versión completa de este documento en: http://www.cps.gov.uk/publications/code_for_crown_prosecutors/.

recibe información relevante respecto a acuerdos en licitaciones antes o al momento en que la oferta sea efectuada.

- (iii) **La exclusión de publicación** (*the publication exclusion*), referente a que no se comete delito si información relevante del acuerdo es publicada en ciertos diarios antes de que éste sea puesto en marcha.
- (iv) **La exclusión de requerimiento por ley** (*legal requirement*), referente a que no se comete delito si una persona ejecuta un acuerdo para cumplir con un requerimiento legal.

Las exclusiones están planteadas en términos de cuál era la intención detrás del acuerdo al momento que la persona natural lo celebró o implementó. Si existe evidencia de que dicha persona realizó acciones encaminadas a llevar a cabo alguna de las exclusiones, dichas acciones serán relevantes para determinar cuál era la intención al ejecutar el acuerdo.

Asimismo, en la etapa de la evidencia la **CMA debe considerar las defensas que podrían levantarse para el caso y cómo esto podría afectar las posibilidades de condena.** En particular, la EA02 contiene tres defensas legales que pueden ser levantadas:

- (i) *Que la persona natural demuestre que al tiempo de celebrar el acuerdo, no pretendía que dicho acuerdo fuera ocultado de los clientes antes de que estos celebraran actos o contratos respecto de los bienes o servicios afectados por el acuerdo.*
- (ii) *Que la persona natural demuestre que al tiempo de celebrar el acuerdo no pretendía que dicho acuerdo fuera ocultado de la CMA (sin perjuicio de esto, el hecho de notificar el acuerdo a la CMA no obsta a que esta pueda tomar acciones civiles en relación a la empresa).*
- (iii) *Que la persona natural demuestre que antes de celebrarse el acuerdo esta tomó medidas razonables para asegurar que el acuerdo fuese expuesto a asesores legales profesionales (tanto externos como internos) con el objeto de obtener consejo respecto al acuerdo antes de que fuera ejecutado o implementado.*

La CMA debe considerar si hay evidencia de que alguna de estas defensas podría ser aplicable al caso. Asimismo, deberá considerar la fuerza y credibilidad de dicha evidencia.

Luego de los criterios expuestos, si se determina que la evidencia del caso es suficiente para condenar a una persona natural, entonces se entiende superada la etapa de la evidencia. Por el contrario, si no existe evidencia suficiente para incriminar al sospechoso, el caso debe ser desestimado antes de pasar a la etapa del interés público.

- b) ***La etapa del interés público:*** Una vez pasada la etapa de la evidencia, la CMA debe determinar si existen consideraciones de interés público para proseguir con la acusación. Para estos efectos, la CMA considerará las preguntas establecidas en el párrafo 4.12 del *Code for Crown Prosecutors*, para identificar los factores que propician la acusación y los que van contra ella. Dichas preguntas no son exhaustivas y no todas son relevantes para cada uno de los casos.

Algunas de las preguntas que deberá hacerse la CMA son:

- ***¿Cuán grave es el delito cometido?:*** *cuanto más grave es el delito es más probable que sea necesaria una acusación. Los carteles duros por lo general son graves y las personas naturales involucradas en ellos probablemente han causado perjuicios importantes que deben ser perseguidos. Factores relevantes para la evaluación realizada por la CMA son el impacto del cartel en un mercado en particular, el grado de limitación en la decisión del consumidor provocada por el acuerdo, entre otros. Asimismo, carteles que se han prolongado por un mayor lapso de tiempo son más probables de ser perseguidos.*
- ***¿Cuál es el nivel de culpabilidad del sospechoso?:*** *esto se determinará de acuerdo al nivel de involucramiento de la persona natural en el cartel. Para estos efectos, la CMA determinará si esta persona fue el instigador del cartel, si estaba en una posición de autoridad dentro de la empresa, si su objetivo era aumentar sus utilidades o las de la empresa, si actuó clandestinamente o no, si actuó de manera contraria a las políticas internas de la empresa, entre otros.*

- **¿Cuál es el impacto para la comunidad?:** hay carteles que pueden tener un mayor impacto en la comunidad y el mercado que en el consumidor individual, por ejemplo, aquellos que afectan la seguridad pública o la innovación.
- **¿La persecución penal del caso sería una respuesta proporcionada?:** si la persecución sería acorde con el resultado más probable del caso.

Por último, la decisión de la CMA de que una acusación penal contra una persona natural no procede, ya sea por motivos de evidencia o interés público, no obsta a que la CMA pueda considerar que los acuerdos colusorios entre empresas deban ser objeto de sanciones civiles por infracción al TFUE o a la CA98, o que una *Competition Disqualification Order*⁸⁰ deba ser aplicada contra alguna persona natural.

2.6.4. Criterios empleados por la institucionalidad de libre competencia de Canadá para determinar si procede la persecución civil o penal.

El estatuto fundamental en materia de libre competencia en Canadá es la *Competition Act* (CA), que regula conductas anticompetitivas en el ámbito civil (fusiones y abuso de posición dominante) y penal (carteles y manipulación de licitaciones)⁸¹. De acuerdo a la Sección 45 de la CA, es un delito que dos o más competidores o potenciales competidores conspiren, acuerden o se organicen para fijar precios, dividirse consumidores o mercados o restringir la producción de un bien. Para condenar a una persona o una empresa por el delito de colusión, el persecutor debe probar más allá de toda duda razonable que el acusado ejecutó la conducta descrita en la Sección 45 de la CA y que tenía intención de cometer el delito. Este delito está sujeto a multas, privación de libertad o ambas.

El *Competition Bureau* (“CB”) es el organismo encargado de investigar los eventuales ilícitos en materia de libre competencia, tanto en su dimensión civil como penal. Sin embargo, la persecución penal de las conductas anti competitivas está a cargo del *Director of Public Prosecutions* (“DPP”) y el *Public Prosecution Service of*

⁸⁰ Ver <https://www.gov.uk/government/publications/competition-disqualification-orders>.

⁸¹ Puede encontrarse la versión completa de la CA en: <http://www.laws.justice.gc.ca/eng/acts/C-34/index.html>.

Canada (“PPSC”) -el que tiene un departamento especial de competencia-, por lo que, si hay antecedentes suficientes para la persecución penal, el CB remite la información al PPSC para que este lleve adelante la acusación y el procedimiento penal subsecuente, bajo la asesoría continua del CB.⁸²

En cuanto a los **criterios para determinar si procede la persecución civil o penal de actos que atentan contra la libre competencia**, si bien tanto personas naturales como jurídicas pueden ser objeto de persecución penal bajo la CA, de acuerdo a las *Competitor Collaboration Guidelines*⁸³, **sólo algunos tipos de acuerdo pueden ser objeto de persecución penal bajo la Sección 45 de la CA**. Esta norma está reservada, como se dijo, para acuerdos entre competidores que tengan por objeto fijar precios, repartirse mercados o restringir la producción, que constituyan **“naked restraints”** (es decir, limitaciones que no sean implementadas para fomentar una colaboración legítima entre competidores, alianzas estratégicas o *joint ventures*). **Estas categorías de acuerdo son ilegales per se y sujetas a sanciones penales.**

Cuando el acuerdo quepa dentro de alguna de las categorías descritas en la Sección 45 de la CA, el CB **tendrá que considerar si las defensas de ancillary restraints o casos que la CA considera como tales y que consisten en alianzas estratégicas u otros tipos de colaboraciones legítimas entre competidores, se encuentran presentes o no en el caso concreto**. Para estos efectos, el acuerdo debe ser: (i) “anexo” a otro acuerdo distinto o más amplio que se haya celebrado por las mismas partes, (ii) directamente relacionado y razonablemente necesario para lograr el objeto del acuerdo distinto o más amplio mencionado anteriormente, y (iii) el acuerdo más amplio debe ser legal en sí mismo. Cuando se aplica esta defensa, aún se puede impugnar el acuerdo ante el Tribunal de la Competencia (*Competition Tribunal*) como materia civil⁸⁴.

⁸² El CB puede, en principio, decidir perseguir penalmente un acuerdo y posteriormente - en cualquier momento previo a enviar los antecedentes al PPSC - decidir que las circunstancias ameritan perseguir el acuerdo según la norma de acuerdos civil. Por otra parte, en caso que el CB haya decidido ir por la vía penal pero que el PPSC haya decidido no continuar con la persecución, el CB puede reevaluar si el acuerdo debiera ser revisado bajo la norma de acuerdos civiles. En este sentido, la CA contiene normas que impiden al CB y PPSC mantener procedimientos paralelos para un mismo acuerdo.

⁸³ Puede encontrarse la versión completa de este documento en: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03177.html#ccg-1.2>

⁸⁴ Ver http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/h_02760.html.

En caso que el CB haya determinado que el acuerdo será perseguido penalmente, le será aplicable la norma contenida en la Sección 45 de la CA y lo establecido en el *Memorandum of Understanding* suscrito entre el *Competition Bureau* y el *Director of Public Prosecutions* (“MOU”)⁸⁵, que tiene por objeto establecer claramente los roles y responsabilidades que les competen a estas autoridades en la persecución penal de delitos de competencia. De acuerdo al MOU, las responsabilidades del CB incluyen la investigación de delitos que puedan infringir la CA, la entrega de evidencia al PPSC y efectuar recomendaciones de los cargos a ser imputados, las sanciones apropiadas que deban ser impuestas y la concesión de inmunidad (*leniency*).

⁸⁵ Puede encontrarse la versión completa del MOU en: <http://www.competitionbureau.gc.ca/cic/site/cb-bc.nsf/eng/03227.html>

III. PROPUESTA.

A partir del análisis realizado en el primer punto del capítulo anterior, en el que en base a la aplicación de los principios de lesividad y proporcionalidad, se determinó aquellos casos en los que NO debiera estimarse satisfecho el injusto penal de colusión establecido en el artículo 62, y la revisión, que en el segundo punto de dicho capítulo se realiza, acerca de los distintos criterios de política criminal que tanto el sistema procesal penal chileno como otras autoridades del Estado dotadas también de la titularidad exclusiva de acciones penales, así como tribunales de justicia parte del sistema de libre competencia chileno y modelos comparados en la misma materia han utilizado; corresponde elaborar a continuación una **propuesta** que, en base a todo lo anteriormente señalado, indique y justifique, **criterios que pudieran resultar adecuados para que, a través de su ponderación, el Fiscal Nacional Económico pueda estimar cuándo se encuentra frente a hechos que NO comprometen gravemente la libre competencia**, y pueda en consecuencia ejercer, de forma fundada, la facultad de resolver no accionar penalmente, de acuerdo con lo que se establece en el inciso 3° del artículo 64 DL.

Para los efectos de realizar este ejercicio, señalaremos previamente, en la línea de lo que ya se comentó al momento de destacar la diferencia que el ilícito civil y el delito penal presentan en cuanto al contenido del bien jurídico libre competencia que a uno y otro puede atribuirse, en términos que forman parte de dicho bien jurídico y por tanto del injusto penal - junto a la libertad económica e igualdad de oportunidades para los diversos agentes que participan en el mercado y a la eficiencia productiva y equilibrio competitivo-, otros intereses como la protección patrimonial de los consumidores y otros competidores, y la confianza en la economía de mercado; que, **la gravedad en el compromiso o afectación de la libre competencia, debiera identificarse con un plus de antijuridicidad de la conducta colusiva, que va más allá de la mera lesión del bien jurídico, y que a nuestro entender se encontraría vinculado con el grado y extensión de la afectación de los distintos intereses amparados bajo la referida noción penal del bien jurídico libre competencia.**

Lo anterior, resulta por lo demás **coherente, con aquello que aparentemente habría tenido también en vista nuestro legislador al estructurar tanto en el código penal como en legislación sectorial, ciertas figuras típicas en torno a la afectación grave de determinados bienes jurídicos, como ocurre con la figura de atentados contra la autoridad del artículo 264⁸⁶; los desórdenes públicos del artículo 269⁸⁷; la obstrucción a la investigación del artículo 269 bis⁸⁸; y, la de incendio contemplada en el artículo 22 inciso 2º⁸⁹ de la Ley de Bosques, entre otras figuras.**

En efecto, si bien el desentrañar lo que debe entenderse por *comprometer o afectar gravemente* un bien jurídico, está lejos de haber constituido hasta la fecha una preocupación de la dogmática penal chilena, siendo paralelamente opinión dominante entre los autores nacionales, que determinar cuándo se ha afectado gravemente un bien jurídico, corresponde a una valoración que debe realizar el juez del fondo⁹⁰; de todas formas estimamos que resulta útil citar a modo de referencia, como herramienta interpretativa, que respecto del último de los tipos penales más arriba mencionados (art.22 Ley de Bosques), la doctrina nacional ha señalado, que *la descripción del resultado como "afectar gravemente el patrimonio forestal del*

⁸⁶ Art. 264. *El que amenace durante las sesiones de los cuerpos colegisladores o en las audiencias de los tribunales de justicia a algún diputado o senador o a un miembro de dichos tribunales, o a un senador o diputado por las opiniones manifestadas en el Congreso, o a un miembro de un tribunal de justicia por los fallos que hubiere pronunciado o a los ministros de Estado u otra autoridad en el ejercicio de sus cargos, será castigado con reclusión menor en cualquiera de sus grados. El que perturbe gravemente el orden de las sesiones de los cuerpos colegisladores o de las audiencias de los tribunales de justicia, u ocasionare tumulto o exaltare al desorden en el despacho de una autoridad o corporación pública hasta el punto de impedir sus actos, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, o sólo esta última.*

⁸⁷ Art. 269. *Fuera de los casos sancionados en el Párrafo anterior, los que turbaren gravemente la tranquilidad pública para causar injuria u otro mal a alguna persona particular o con cualquier otro fin reprobado, incurrirán en la pena de reclusión menor en su grado mínimo, sin perjuicio de las que les correspondan por el daño u ofensa causados. Incurrirá en la pena de presidio menor, en su grado mínimo a medio, el que impidiere o dificultare la actuación del personal de los Cuerpos de Bomberos u otros servicios de utilidad pública, destinada a combatir un siniestro u otra calamidad o desgracia que constituya peligro para la seguridad de las personas.*

⁸⁸ Artículo 269 bis. inciso 1º- *El que, a sabiendas, obstaculice gravemente el esclarecimiento de un hecho punible o la determinación de sus responsables, mediante la aportación de antecedentes falsos que condujeren al Ministerio Público a realizar u omitir actuaciones de la investigación, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de dos a doce unidades tributarias mensuales.*

⁸⁹ Artículo 22 inc.2º. - *El que rozare a fuego infringiendo las disposiciones legales y reglamentarias y a consecuencia de ello destruyere bosques, mieses, pastos, montes, cerros, plantíos o formaciones xerofíticas de aquellas definidas en la ley N° 20.283, ganado, construcciones u otros bienes pertenecientes a terceros o afectare gravemente el patrimonio forestal del país, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cincuenta a ciento cincuenta unidades tributarias mensuales.*

⁹⁰ GARRRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal Parte General Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1997, pág.29.

*país" parece indicar un daño minoso, extendido y generalizado de gran magnitud y significación económica.*⁹¹

En este contexto, y considerado todo lo señalado anteriormente, **los criterios cuya utilización se propone, para los efectos de determinar a través de su ponderación, cuándo NO se está frente a hechos que comprometen gravemente la libre competencia en los mercados, son los siguientes:**

a) Falta de tipicidad y de afectación al bien jurídico: por aplicación del principio de lesividad, y consecuentemente, por ausencia de antijuricidad material, así como por falta de tipicidad, en su caso, debiera utilizarse, en primer lugar, como **criterio para descartar la existencia de un grave compromiso de la libre competencia**, el tratarse de supuestos en los que si bien se ha acreditado judicialmente mediante sentencia firme la existencia de un hecho anticompetitivo (práctica colusoria), dependiendo de la situación:

- *el acuerdo no llegó a celebrarse;*
- *el acuerdo no llegó a implementarse o ejecutarse;*
- *pese a haberse ejecutado, el acuerdo no logró ninguno de los fines perseguidos (descritos en el artículo 62)*
- *se trata de una práctica concertada u otras conductas que no consistan o hayan tenido su origen en un acuerdo de voluntades;*
- *las conductas de organizar, celebrar, ordenar celebrar, implementar o ejecutar un acuerdo colusorio se hayan realizado en forma imprudente o con dolo eventual.*

b) Magnitud de los efectos producidos por el acuerdo colusorio: a partir de lo señalado por la jurisprudencia nacional en esta materia y de los criterios manejados en modelos comparados, **los factores a los que debiera otorgarse aptitud para restar gravedad a los hechos en cuanto a la entidad de la afectación que aquellos producen de la libre competencia; son, entre otros:**

⁹¹ ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal Parte Especial, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pág.467.

- *La NO afectación masiva de la población dada la alta demanda del bien o servicio o el número de consumidores afectados;*
- *La MENOR participación que las empresas coludidas tengan en el mercado;*
- *La ACOTADA dimensión del ámbito geográfico afectado; y,*
- *La ESCASA alza de precio del bien o servicio, en su caso.*

c) Criterio vinculado a los beneficios económicos obtenidos para los competidores coludidos: constituyendo un criterio bastante empleado por los modelos comparados para los efectos de resolver la persecución penal de los acuerdos colusorios, atender a la magnitud de los beneficios económicos que la colusión haya reportado a los competidores involucrados, estimamos como un factor que pudiera ponderarse para los efectos de determinar que no se está frente a hechos que afecten gravemente la libre competencia, el que la cuantía de las ganancias obtenidas por los competidores involucrados no sea relevante, atendido factores como la extensión temporal del acuerdo y la utilidad normal que reporta la industria en tiempos de efectiva competencia.

d) Extensión temporal del acuerdo colusorio: esto es, de conformidad con las fuentes consultadas anteriormente, casos en que la ejecución del acuerdo se prolonga por un **período poco significativo** de tiempo.

e) Naturaleza del mercado afectado y/o de los productos o servicios a que se refiere el acuerdo colusorio: en la medida que en el ámbito de la libre competencia, existiría consenso en considerar dotados de una mayor gravedad, aquellos acuerdos que se refieren a: i) **bienes de primera necesidad**, esto es, aquellos en que el adecuado acceso a los mismos se vincula con la concreción de alguna garantía constitucional; ii) **servicios altamente sensibles** para la población, en términos que satisfacen un interés general básico de la sociedad; y, además, iii) **bienes o servicios con baja o nula sustituibilidad**, respecto de los cuales las restricciones impuestas por los acuerdos colusorios afectan con mayor intensidad a la libre competencia; todos ellos debieran constituir factores cuya ponderación descarte la grave afectación o compromiso de la libre

competencia, en los casos en que el acuerdo colusorio no se refiere a tales mercados o bienes.

f) Caso de carteles no delictivos: debiera también considerarse como un criterio a la hora de resolver el no ejercicio de la acción penal, por ausencia de la gravedad en la afectación del bien jurídico, aquellos casos en que si bien se trata de acuerdos colusorios o **carteles** que cumplen con la característica de los denominados carteles “duros”, éstos han sido **considerados no delictivos por la jurisprudencia y legislación comparada** especializada, como ocurre en aquellos casos en que, por ejemplo, el acuerdo era funcional e imprescindible para que el producto pudiera en su origen ser comercializado, o bien, en el caso de carteles que han tenido resultados pro-competitivos, y en general, en el caso de **acuerdos implementados para fomentar una colaboración legítima entre competidores, alianzas estratégicas o joint ventures.**

Es todo cuanto podemos informar a Ud.,



Verónica Rosenblut G.



Alejandro Moreira D.