

Criminalización de los carteles duros: Avances y desafíos

1. Introducción

Agradezco la invitación que nos extendiera el Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y felicito a RegCom por los temas elegidos para esta conferencia y también por los expositores que convoca, en especial el reconocido especialista en la criminalización de los carteles, don Peter Whelan.

Esta conferencia está patrocinada por la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) y esto se da en el contexto de un convenio suscrito el año pasado con RegCom, en donde la FNE compromete ciertos recursos para que este centro de estudios los destine al desarrollo académico de temas de libre competencia.

Creemos que dentro de nuestra función de promoción de la libre competencia debemos fortalecer nuestros lazos con los principales centros universitarios que se preocupan de estos temas, y esta iniciativa es una expresión más de esa preocupación.

2. Antecedentes históricos:

Emulando la *Sherman Act* norteamericana, los cimientos del derecho *antitrust* en Chile contemplaron la aplicación de sanciones de naturaleza penal, con la exigencia de una a investigación administrativa previa por parte de un órgano ajeno a la jurisdicción criminal, como uno de sus elementos más característicos¹.

En efecto, el Título V de la ley 13.305 de 1959 instituye por primera vez en nuestro país los principios liberales de libre competencia y libre concurrencia, buscando superar los denominados “controles de precios”. Es así como se buscaba sancionar con multas de hasta el 10% del capital en giro “*Todo acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país, sea mediante convenios de fijación de precios o repartos de cuotas de producción, transporte o de distribución*”.

Catorce años después, entra en vigencia el DL 211 conformando un andamiaje institucional en el que se concibe por primera vez a la FNE como un órgano independiente y autónomo². Profundizando la tendencia de su antecedente más próximo, la versión original del Decreto Ley establece sanciones criminales de presidio para atentados a la libre competencia, conminándose a un castigo agravado cuando los hechos afectan “servicios esenciales” o “de primera necesidad”. Debe anotarse que, en

¹ Véase Patricio Bernedo, “Historia de la libre competencia en Chile 1959-2010” pp.42-43.

² Véase Patricio Bernedo, “Historia de la libre competencia en Chile 1959-2010” pp. 70 y ss.

cualquier caso, no se trataba de una provisión delineada a cierto tipo de carteles duros, sino más bien como un “delito genérico” que pretendía englobar cualquier atentado a la libre competencia, prácticamente sin distinción.

Treinta años después, bajo la premisa que las sanciones penales estaban en desuso y que su formulación presentaba problemas de tipicidad, la legislatura opta por eliminar las sanciones penales. Lo anterior, en el marco de una de las principales refundaciones al sistema de libre competencia cuyo hito principal es la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”), ente jurisdiccional que, entre otras funciones, concentra a partir del año 2004 el ámbito represivo de la política anticarteles. Si bien en este esquema la FNE mantiene su tradicional rol de representante del interés general en el orden económico, se abre la puerta a cualquier persona con un legítimo interés a solicitar la intervención de este nuevo Tribunal ante cualquier posible transgresión al DL 211.

Al poco andar, no obstante³, se establece un consenso en torno a la persistencia de algunas carencias en la materia. La exigencia de probar “abuso” de poder de mercado sumado a algunos emblemáticos casos de carteles que no pudieron acreditarse por falta de prueba de algún contacto -directo o indirecto- entre empresas competidoras³, obliga a responder a los llamados de modernizar la persecución de los carteles. Lo anterior se logra

³ Véase J.J. Romero. “Colusión de empresas de oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?”.

mediante la incorporación de las denominadas *“herramientas esenciales del enforcement anticarteles”*⁴: Delación compensada y medidas intrusivas de investigación. Tales nuevas potestades son hoy parte consustancial del quehacer diario de la FNE y que han significado una importante evolución en nuestra estructura organizacional interna y en cómo enfrentamos este tipo de investigaciones.

Las facultades así incorporadas permitieron que, en un período sin amenaza de penas privativas de libertad, fuera posible desbaratar acuerdos de larga data y obtener sanciones de los casos más emblemáticos en mercados de extrema sensibilidad e importancia, lo que, sumado a otras virtudes, han llevado al sistema chileno a la vanguardia entre los organismos antimonopolio en la región.

Sin embargo, no puede soslayarse el hecho de que el éxito en traer estos casos a la atención pública devolvió la tensión por retornar a un modelo de sanciones punitivas. Ello dio lugar a ciertos esfuerzos de buscar oportunidades de encuadrar la conducta en otros estatutos, aun antes en que la reinstauración de un tipo penal sobre acuerdos anticompetitivos fuera una realidad. Así, por ejemplo, se intentó, erróneamente a nuestro juicio, aplicar a un acuerdo de precios la figura del artículo 285 del Código Penal sobre *“alteración del precio natural de las mercaderías”*,

⁴ J. Grunberg y S. Montt, “Informe en Derecho. Prueba de la Colusión”, p.4.

disposición que sobrevivía sin haber sido derogada expresamente del texto del Código Penal de 1874.

Al poco andar, sin embargo, resultó patente para algunos autores que una suerte de “resurgimiento de ley penal desplazada” conduciría al absurdo de que la despenalización de los acuerdos de precios y reparto de mercado en el siglo XXI significaba, al mismo tiempo, su penalización por una norma del siglo XIX⁵. Confirmando una absolucón, la Corte de Apelaciones de Santiago compartió el razonamiento de esta crítica concluyendo categóricamente que *“no parece lógico que, por la vía del Código Penal, se pretenda insertar una sanción restrictiva de derechos por conductas que claramente ya no tienen ese carácter en la legislación especializada”*⁶.

3. Recientes avances legislativos.

Las modificaciones introducidas por la ley N° 20.945 en materia de carteles tienen por principal objeto hacer frente a la percepción de una mayor necesidad de disuasión, el que es atacado por distintos frentes: a) Aumento del monto máximo de las multas y cambio de su método de cálculo, b) Incorporación de nuevas sanciones, como la prohibición de contratar con órganos

⁵ Jean Pierre Matus “Acerca de la actual falta de punibilidad en Chile de los acuerdos de precios”. Polít. crim. Vol. 7, No 14 (Diciembre 2012), Art. 3, pp. 318 - 356.

⁶ Fallo de la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago en causa RUC 0900281513-0 y RIT 0-531-2014.

del estado y c) Reinserción del carácter criminal de la colusión dura, la que se cristaliza en el nuevo Título V del DL 211, particularmente en el tipo penal del artículo 62. Empero, la aplicación de dicho precepto se somete a un extensivo régimen regulatorio.

Así, según el texto reformado, la intervención de la FNE como potencial querellante solo puede producirse una vez que el TDLC ha dictado una sentencia firme que acredita el acuerdo anticompetitivo. De este modo se consagra una “secuencialidad”, dando prioridad al pronunciamiento del Tribunal especializado, y convirtiendo su fallo en un verdadero requisito de procesabilidad sin el cual no puede darse inicio a una causa penal.

Asimismo, un minucioso análisis de la historia de la ley 20.945 revela un consenso ampliamente mayoritario en torno a que la mera constatación fáctica de un acuerdo eventualmente sancionable es insuficiente. La necesidad o merecimiento de pena asociado a una colusión que ha sido determinada por sentencia firme del TDLC requiere un análisis concreto adicional, según la aptitud de la conducta para lesionar la fe pública, la institucionalidad económica y el bien jurídico de libre competencia. Salvo contadas excepciones, la gran mayoría entre quienes discutieron este punto en el congreso opinaron que el

órgano mejor calificado para evaluar el uso de la acción penal en estos casos es la FNE⁷.

El borrador de la **“Guía Interna para la Interposición de Querellas por el Delito de Colusión”** recientemente lanzado, obedece a la realización de que los criterios internos que la Fiscalía emplee para esta evaluación deben ser sistematizados, pero sin limitar artificialmente los espacios de flexibilidad que los asuntos importantes requieren. De manera pública y con una esperable retroalimentación de la comunidad nacional e internacional, se pretende ofrecer un programa de cómo se hará uso de estas nuevas atribuciones. La oportunidad también es importante: La Guía se lanza antes de que un caso concreto sea sometido al escrutinio de la opinión pública, de manera que el debate que en torno a ella sea produzca lo sea en forma tranquila, desapasionada y con el mayor rigor académico posible, alejándonos así de esta tradición colonial de la improvisación y las cosas hechas a medias.

Con el apoyo de 3 informes expertos en derecho administrativo y derecho penal, el documento explicita los distintos niveles de análisis conforme a los cuales se ejercerán las potestades de persecución penal de carteles duros, limitando el ámbito de

⁷ Véase Informe en Derecho “Justificación y presupuestos legales de una guía interna de la Fiscalía Nacional Económica relativa a la interposición de querellas por el delito de colusión” Antonio Bascañán R., Miguel Chaves C., Alejandro Awad C., Marcos Contreras E., 28 de diciembre de 2017.

discrecionalidad con que cuenta la Fiscalía para interponer querellas por este delito⁸.

En síntesis, la Guía entrega criterios orientadores para identificar caso a caso, cuáles acuerdos por sus características, extensión, efectos, naturaleza de las intervenciones personales y plausibilidad de éxito, deben ser llevados al mundo penal, a fin que dicha reacción aparezca como necesaria, proporcional y compatible con el cumplimiento a cabalidad de los objetivos que mandata el DL 211.

El borrador de la “Guía de Querellas...” aludido fue publicado el día 23 de febrero pasado. Reiteramos la invitación a hacerse parte de este proceso y de entregar comentarios hasta mediados de abril próximo.

4. Mirada al futuro

Como ha ocurrido con otras agencias y organismos de competencia a nivel comparado que han seguido el mismo camino, la criminalización de los carteles duros requiere ingentes esfuerzos para su implementación en la práctica y armonización con el resto de los deberes jurídicos y objetivos institucionales

⁸ Sobre la existencia de esta discrecionalidad, véase Opinión Legal: “Sobre la procedencia de que la FNE pondere normativa, general y anticipadamente la actual potestad otorgada para el ejercicio de la acción penal que le otorga la actual legislación”. Ramiro Mendoza Zúñiga y Pedro Aguerrea Mella, Diciembre de 2017, pp. 17.

aplicables. Sin ánimo de exhaustividad, puedo identificar cuatro de dichos desafíos:

- En primer lugar, es prioritario dar garantías a aquellas personas jurídicas y naturales que seriamente y de buena fe pretendan acceder a beneficios de delación compensada. La Fiscalía asume como un deber orientarlas y poner a su disposición contrapartes técnicas competentes, que den resguardo a la confidencialidad de su información sensible. Sabemos que los acreedores del beneficio están sujetos por ley a una serie de labores de colaboración que podrían extenderse hasta un eventual juicio oral en lo penal; sin embargo, como contrapartida, la FNE instará por la efectiva aplicación de la exención (o atenuación, en su caso) de la responsabilidad criminal de todas aquellas personas listadas como beneficiarias de delación, que hayan aportado oportunamente información precisa, veraz y comprobable del acuerdo.
- Por otra parte, al arriesgar una respuesta punitiva aumentada a sanciones potencialmente privativas de libertad, es esperable que los potenciales coludidos incrementen su sigilo y sofisticuen la clandestinidad de sus operaciones ilícitas⁹. Ello obliga a que la Fiscalía deba

⁹En el caso de Estados Unidos, por ejemplo, la actividad anti-carteles del Departamento de Justicia redujo significativamente, al cabo de cierto tiempo, la cantidad de “evidencia directa de carteles” que se

seguir mejorando sus técnicas investigativas y sus capacidades de soporte tecnológico y de recursos humanos para recabar, procesar y analizar evidencia potencialmente incriminatoria de un cartel. Asimismo, en línea con el trabajo que está llevando adelante la ICN, debe ampliarse la cooperación internacional para el combate de carteles en una economía globalizada y crecientemente digitalizada.

- En tercer lugar, como ha dicho el profesor Bill Kovacic, la cooperación entre autoridades en estos procesos “*no se materializa de manera inmediata ni automática (y no puede subestimarse cierta resistencia a la cooperación entre instituciones públicas)*”¹⁰. Tenemos la certeza de que la colaboración entre agencias es necesaria y posible, para lo cual resulta conveniente que la FNE y los otros actores que pudiesen verse involucrados, tales como el Ministerio Público, las policías y las cortes, vayan teniendo un entendimiento de la sofisticación del trabajo que se requiere y de la necesidad de una especialización de las labores de cada uno, sin que ello implique de modo alguno desconocer el sello de seriedad, discreción y profesionalismo de la FNE.

encontraba disponible a los persecutores. Véase William Kovacic en Caron Beaton-Wells. *Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*, cap. 3. “Criminal Enforcement Norms in Competition Policy: Insights from US Experience”. Algunos de los presentes que conozcan los pormenores de un caso reciente de cartel sensible en Chile podrán reconocer que esa sofisticación no es desconocida en nuestro medio aún antes de entrada en vigor de la última reforma

¹⁰ Will Kovacic, ob. Cit.

- Finalmente, la FNE ha asumido el desafío de continuar la adaptación de sus procedimientos internos, a fin de seguir ofreciendo mayor transparencia, facilitar el acceso a aquellas piezas del expediente de investigación no sujetas a confidencialidad, y lo más importante, velar porque el ejercicio de facultades inspectivas se ajusten a la ley y al resguardo de los derechos de los potenciales afectados.

5. Reflexiones finales

El texto vigente del Decreto Ley N° 211 ha confiado en que la FNE es la institución en mejor posición para evaluar qué acuerdos comprometen más intensamente la libre competencia en los mercados.

Es deber de la Fiscalía responder a esa confianza y poner en marcha este instrumento de política pública con miras a incrementar la disuasión y desestabilización de carteles de manera predecible y eficiente. En su labor como querellante, la FNE no escatimará en sus esfuerzos para la obtención de una justa sentencia condenatoria respecto de aquellos que resulten responsables de participar en un cartel duro.

Sin embargo, al mismo tiempo, se procurará que el ejercicio de esta nueva herramienta se entrelace a los fines específicos que el legislador ha encomendado a la Fiscalía, cual es el resguardo,

protección y promoción de la competencia en los mercados, y la investigación y sanción efectiva de todo tipo de contravenciones al DL 211 que provoquen ineficiencia y perjudiquen a los consumidores, con cuidado en la razonabilidad y proporcionalidad de sus actuaciones.

El camino de la criminalización de los carteles duros no será ni fácil ni cómodo. La experiencia internacional evidencia esa dificultad natural de la esfera penal, en especial la de Inglaterra.

Tenemos que tener paciencia y ser selectivos respecto de los casos que ameritan una persecución penal, de manera de asegurar sentencias condenatorias.

El éxito de la política de criminalización de los carteles duros no se mide, ni debiera medirse, por el revuelo mediático de los procesos ni por el número de *tweets* en las redes sociales, sino de nuevo por las sentencias condenatorias a firme, que son el resultado de un trabajo jurídico serio, planificado y responsable.

Muchas gracias.

Felipe Irarrázabal Philippi
Fiscal Nacional Económico
