

OFICIO FN N° 269/2018

ANT: Carta conductora de fecha 23 de febrero de 2018, remitida por el Sr. Fiscal Nacional Económico.

MAT: Remite comentarios acerca del documento borrador de la "Guía Interna para la interposición de querellas por el delito de colusión" elaborado por la Fiscalía Nacional Económica.

SANTIAGO, 05 de abril de 2018

**DE: SR. JORGE ABBOTT CHARME
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO**

**A : SR. FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO**

I. Antecedentes.

Con fecha 26 de febrero del presente año, he recibido carta conductora remitida por Ud., a través de la cual, se ha extendido una invitación a nuestra Institución para emitir opinión respecto de un documento borrador, elaborado por la Fiscalía Nacional Económica (FNE), el cual tiene por finalidad fijar, públicamente, una serie de criterios administrativos destinados a regular la forma en que dicha agencia estatal ejercerá o se abstendrá de ejercer, el deber/facultad que la Ley N° 20.945 le ha otorgado para querellarse en delitos de colusión e iniciar, de esta forma, el procedimiento penal respectivo.

Accediendo a lo solicitado, durante el presente oficio se expondrán las opiniones que merecen las condiciones de actuación que podría autoimponerse el regulador económico, a la hora de dar cumplimiento al mandato legal impuesto en el inciso segundo del artículo 64 del DL 211 o de ejercer la facultad otorgada por el inciso primero de la misma regla, ambas relacionadas con la posibilidad exclusiva y excluyente de inicio del procedimiento penal para el caso del mencionado delito.

Sin perjuicio de que la mencionada facultad constituye una anomalía que afecta gravemente el funcionamiento de la justicia criminal, trastocando no sólo los principios sobre el cual éste se erige, sino además, comprometiendo seriamente las posibilidades de éxito de la persecución penal, opinión que este Fiscal Nacional ha reiterado en todos los foros en que le ha tocado intervenir, consideramos como nuestro deber institucional el comunicar a la agencia administrativa solicitante, las impresiones que nos merece la mencionada Guía, con miras a tratar de aportar consideraciones que permitan, en la medida de lo posible, hacer efectiva la responsabilidad penal de quienes se han abusado del poder de mercado que ostentan para imponer condiciones artificiales e injustas de comercio, en desmedro de los consumidores.

II. Observaciones a la Guía Interna para la interposición de querellas por el delito de colusión.

A continuación se desarrollan nuestros comentarios respecto de los acápite más relevantes del documento de la referencia. Para estos efectos se seguirá el mismo orden utilizado en la guía compartida por la FNE, exponiendo, en primer lugar, nuestra opinión respecto de los criterios propuestos para el ejercicio obligatorio de la acción penal en los términos explicitados por el inciso segundo del artículo 62 del DL 211. Luego de ello, se presentará nuestra posición respecto de los criterios que guiarían la definición de la FNE a la hora de ejercer la facultad de interponer querrela criminal, de conformidad con lo expresado por el inciso primero del artículo 62 del DL 211.

Ahora bien, como comentario previo a emitir algún pronunciamiento respecto de los criterios que regirán las esferas competenciales ya identificadas, huelga hacer referencia a la que asoma como condición mínima de habilitación de la facultad-deber del regulador económico de incoar el procedimiento penal: me refiero a la existencia de una sentencia condenatoria ejecutoriada por el delito de colusión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

El análisis de esta condición de aplicación se encuentra tratado en la Guía, en el número III, bajo el título “Concordancia entre el acuerdo establecido por el TDLC y el delito de colusión”¹.

Al respecto, resulta pertinente consignar que tal acápite no nos merece ningún tipo de observación, más allá de compartir las apreciaciones expuestas por la FNE, teniendo a la vista la legislación vigente en la materia. En efecto, tal y como se indica en el mencionado documento, el enunciado normativo que resulta pertinente para la evaluación del ejercicio de la acción penal, es aquel contenido en el artículo 62 del D.L. 211 y no el artículo 3° del mismo, puesto que el segundo sólo constituye un tipo infraccional de carácter administrativo. En este sentido, las prevenciones hechas valer por el regulador se encuentran en consonancia con el debido respeto al principio de legalidad penal, consagrado en el art. 19 N° 3 de nuestra Constitución.

Dicho lo anterior, durante las siguientes líneas se analizarán, derechamente, los criterios de decisión propuestos por la FNE.

1. Criterios que regulan el “deber” de interponer querrela.

El inciso segundo del artículo 64 del D.L. 211 expresa lo siguiente:

“El Fiscal Nacional Económico deberá interponer querrela en aquellos casos en que se tratara de hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados”.

Desde una perspectiva gramatical, la forma de redacción del enunciado normativo, pareciera dar cuenta de un uso del lenguaje, por parte del legislador, en términos imperativos. La incorporación del operador deóntico “deberá” en el contexto de la oración de que se trata, parecería indicar que existen hipótesis en las cuales el ejercicio de la acción penal por parte del ente administrativo resultaría ser obligatorio, esto es, no susceptible a discreción alguna. No obstante, debe reconocerse que la segunda parte del enunciado abre un importante espacio para la

¹ Fiscalía Nacional Económica, *Guía Interna para la Interposición de Querellas por el Delito de Colusión*, borrador para la discusión pública, pp. 6-7.

valoración: la incoación del proceso penal será forzosa en el evento que “se tratare de hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados”. Del lenguaje empleado por el legislador surge, entonces, de manera inmediata la pregunta por los criterios que permitirán distinguir entre colusiones que posean la aptitud suficiente como para comprometer gravemente la libre competencia en los mercados, de aquellos carteles que carecen de tal característica.

No obstante, a pesar de la textura abierta utilizada a la hora de definir la condición de activación del deber de querellarse, hay algo que la misma redacción de la norma no permite dejar lugar a dudas: *debe* existir un ámbito, esto es, ciertos contextos fácticos, que restrinjan, absolutamente, la discrecionalidad del regulador económico y lo lleven, necesariamente, a ejercer la acción penal.

En caso contrario, se corre el riesgo de interpretar la regla, no como una que contiene una razón perentoria para la acción (esto es un deber), sino como una norma que establece una mera permisión (una facultad o un “poder”), lo que llevaría, en términos pragmáticos, a identificar el inciso segundo con el inciso primero, consecuencia explícitamente rechazada por el Congreso Nacional durante la tramitación de la ley.

Hecha, entonces, esta prevención, podemos comenzar con análisis al que se nos ha convocado.

La sección relevante, para estos efectos, de la Guía presentada por la FNE, se encuentra en el cuarto acápite de ésta, bajo el título “El deber de interponer querrela”. Este punto se inicia dando cuenta de la necesidad de interpretar qué hechos son los que comprometen gravemente la competencia en los mercados. La respuesta se encontraría precisamente, en los criterios propuestos por la agencia administrativa, los que son expresados de la siguiente forma:

“La FNE considerará que los hechos acreditados por el TDLC comprometen gravemente la libre competencia en los mercados, en los términos del artículo 64 inciso 2°, cuando se verifiquen, *copulativamente*, los siguientes requisitos:

- (1) Existencia de una sentencia definitiva ejecutoriada que imponga sanciones por una infracción al artículo 3° letra a) del DL 211;
- (2) Que la conducta afecte bienes o servicios de consumo masivo o de primera necesidad;
- (3) Que el hecho que se haya prolongado un período de tiempo significativo, tomando en consideración la naturaleza de la conducta y el mercado afectado;
- (4) Que el hecho haya afectado a todo o gran parte del territorio nacional; y,
- (5) Que los efectos económicos del hecho sean de magnitud considerable y aptos para provocar un efecto sistémico en los mercados”².

Lo primero que cabe constatar es el nivel de exigencia autoimpuesto por la FNE para entenderse (a sí misma) compelida al cumplimiento de la obligación que le impone el ordenamiento jurídico: todos los criterios calificantes de una colusión deben concurrir de forma conjunta (“*copulativamente*”), pues de no ser así la institución

² FNE, “Guía...”, PP. 7-8.

administrativa entiende no tener obligación alguna para actuar conforme a lo prescrito en el artículo 64 inciso segundo. Necesariamente, la exigencia de la concurrencia conjunta de los supuestos mencionados en el acápite pertinente, trae como consecuencia una importante restricción del alcance de la disposición legal correspondiente. Volveremos sobre este punto más adelante, pues el nivel de reducción de la obligación legal (y sus consecuencias pragmáticas) sólo podrá apreciarse adecuadamente, una vez que se examinen los criterios elegidos por el regulador económico para establecer en qué oportunidades existe un grave compromiso para la competencia en los mercados.

Ahora bien, en lo que guarda relación directa con los criterios contenidos en la Guía, es posible afirmar que, respecto de los dos primeros no existe controversia alguna, estimándolos como condiciones pertinentes y supuestos de hecho útiles para discriminar entre casos de querrela obligatoria de aquellos que no lo son.

El **primer requisito** es de orden meramente formal y, tal como ya lo hemos visto, más allá de que éste sea un inconveniente grave para el eficaz desempeño de la jurisdicción penal, lo cierto es que no constituye sino otra cosa que la constatación de la concurrencia de un antecedente formal.

Por su parte, el **segundo criterio** parece ser adecuado atendido el mayor grado de lesividad (y, por lo tanto, de disvalor) de la conducta desplegada por los miembros de un cartel. El hecho que un producto sea de consumo masivo o de primera necesidad, indica que la restricción de su oferta o la alteración de su precio, afectará directamente a los consumidores del mismo, que verán restringido el acceso a esos productos o servicios, limitando la satisfacción de requerimientos esenciales o de condiciones indispensables para el normal desenvolvimiento de sus planes de vida (alimentos, salud, transporte público, etc.).

Con todo, se extraña que no se considere como una categoría idónea para el ejercicio de la acción penal de manera obligatoria a aquellas colusiones que afectan procesos de licitación realizados por órganos públicos (hospitales, por ejemplo). Y ello debido a que, este tipo de casos, se encuentran fuertemente emparentados con delitos tradicionalmente abordados por el Derecho Penal (como el fraude al fisco, por ejemplo).

En relación con el resto de los criterios seleccionados por el regulador, estimamos que ellos asoman como susceptibles de ser revisados, pues, bajo su formulación actual (que recordemos, exige una concurrencia copulativa de los mismos) restringirían con tal intensidad la obligación legal de querrellarse, que, en términos pragmáticos, nunca se podría activar aquel deber.

Así las cosas, el **tercer requisito** (de naturaleza temporal) si bien puede proveer algún grado de utilidad para diferenciar entre casos de querrela obligatoria y querrela facultativa, presenta evidentes oportunidades de mejora, siendo deseable alcanzar el mayor nivel de concreción posible. Si bien, de la redacción se aprecia la intención de realizar un ejercicio de ponderación, atendiendo a un criterio casuístico, no queda claro por qué en el caso de los bienes de primera necesidad (diferenciándolos de aquellos que son de consumo masivo) habría que esperar un lapso de tiempo significativo, cuando el tipo penal del artículo 62 castiga el acuerdo colusorio por el sólo hecho de celebrarse u organizarse. En otras palabras, parecen existir carteles cuya agresividad es tal que no debería requerirse exigencia temporal alguna para forzar la persecución penal, circunstancia que podría explicitarse.

Los requisitos cuarto y quinto son los que mayor preocupación causan.

En efecto, de considerarse necesario que la colusión afecte a todo o gran parte del territorio nacional, para formular querrela penal, no parece encontrar gran justificación. En primer lugar, quedaría abierta la posibilidad de no perseguir a aquellos carteles de tienen por objeto la repartición de cuotas de mercado, cuando esas cuotas son por ejemplo, determinadas en bajo criterios geográficos. Por otra parte, la jurisprudencia del propio TDLC nos demuestra la existencia de colusiones gravísimas que han afectado, de manera restringida a ciertas regiones o áreas del país. La afectación del bien jurídico de que se trata podría implicar al mismo tiempo una gran carístia de bienes o servicios (incluso de primera necesidad) para los habitantes de una o más regiones del país y, a pesar de ello, podría no presentarse querrela en razón que la colusión no ha afectado a todo el territorio nacional.

El último criterio seleccionado es el más problemático de todos al estar dotado de un alto grado de imprecisión y ambigüedad. ¿Qué quiere decir que un cartel posea efectos económicos considerables?; ¿se refiere a las ganancias de los competidores involucrados?; ¿se refiere al excedente del consumidor que fue objeto de “apropiación”?; ¿se refiere a los efectos exclusorios que pudo tener la conducta en un determinado mercado? Por otra parte, ¿cuál es el alcance que debe otorgársele a la noción “efectos sistémicos”?; ¿requiere acaso que la conducta afecte a más de un mercado relevante?; ¿requiere que la ausencia de competencia o la actividad monopólica de los coludidos implique la quiebra de un gran número de competidores?; ¿exige que se produzcan efectos microeconómicos indeseables como restricción del crédito o determinados efectos en el mercado de capitales (burbujas financieras o la alteración en el precio de la acción de determinados emisores de valores, por ejemplo)?.

El contenido de la exigencia es (bajo los términos actualmente presentados) incierto.

Al mismo tiempo, debe tenerse presente que el delito en cuestión no requiere para su consumación la concreción de efectos económicos, razón por la cual, el documento en análisis, al considerar esta nueva condición para el ejercicio de la querrela, en términos prácticos, estaría yendo más allá de los elementos objetivos del tipo penal.

A todo lo anterior debemos sumar una última consideración: ninguna de las colusiones más relevantes que se han investigado y sancionado recientemente en nuestro país, y que han inspirado las modificaciones legales contenidas en la Ley 20.945, parece haber alcanzado los efectos sistémicos que exige el quinto requisito de la Guía. Dicho de otro modo, ni la colusión de las farmacias, ni la colusión del mercado avícola o la más reciente colusión que afectó el mercado del papel tissue, habrían ameritado, de acuerdo a este criterio el ejercicio obligatorio de una querrela.

Además de todo esto, debemos recordar que, de acuerdo con el documento en estudio, sólo existirá “obligación” de accionar penalmente, una vez que se constate la concurrencia copulativa de todos los requisitos ya mencionados.

Esta exigencia adicional, trae consigo el riesgo de convertir al inciso segundo del artículo 64 del DL 211 en una regla pragmáticamente inaplicable.

2. Criterios que regulan la facultad de interponer querrela.

Sobre este aspecto, el Ministerio Público no tiene comentarios. Se trata de criterios que acotan la decisión arbitraria que le ha sido delegada al Fiscal Nacional Económico y, al menos en lo que dice relación con los que se encuentran referidos al hecho punible, éstos parecen ser idóneos para la adopción de las decisiones de la referida agencia estatal.

No obstante, cabe hacer comentarios respecto a lo que la FNE denomina “criterios relativos a la probabilidad de éxito de la acción penal”³.

A nuestro juicio, consideraciones como éstas exceden el ámbito de competencia de la Fiscalía Nacional. En efecto, los criterios relativos a la probabilidad de éxito de una determinada acción penal, se encuentran previstos en el Código Procesal Penal, bajo la forma de salidas tempranas o decisiones de término de la investigación, y la decisión respecto de ellas se encuentra entregada a los únicos organismos constitucional y procesalmente competentes para evaluar ese tipo de decisiones: los juzgados de garantía del país y el Ministerio Público.

Por tal razón, estimamos que, no gozando la Fiscalía Nacional Económica de un régimen de principio de oportunidad especialmente reglado, en caso que concurran los criterios sustantivos que ella misma ha seleccionado, debería ejercer su facultad, sin miramientos a las probables resultas de un eventual juicio oral, pues quién se encuentra en mejor posición institucional para realizar esa evaluación es el Ministerio Público, encontrándose disponibles en el proceso penal las herramientas procesales de selectividad necesarias para estos efectos.

Es todo cuanto puedo informar a Ud. en relación con documento compartido.

Sin otro particular, le saluda cordialmente,



JORGE ABBOTT CHARME
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO



MFM/asc
N° Ingreso FN 759/2018
c.c.: - Archivo Gabinete Fiscal Nacional.
- Director ULDDCO FN

³ FNE. “Guía...”, pp. 9-10.