

Santiago, 13 de abril de 2018.

Sr.

Felipe Irrázabal Philippi
Fiscal Nacional Económico
Fiscalía Nacional Económica
Presente

De nuestra consideración:

Quisiéramos destacar el trabajo y esfuerzo realizado por la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), para avanzar en la determinación de criterios a los que se sujetará el Fiscal para la interposición de la querrela criminal, atribución que le fue conferida mediante la Ley N° 20.945, que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia, a propósito de la tipificación de la colusión como delito.

En este contexto, la dictación de la Guía Interna para la Interposición de Querellas por el Delito de Colusión (“Guía”), constituye una herramienta de alta valoración por los operadores del sistema, dada su utilidad para conocer *ex ante* los parámetros que considerará la autoridad administrativa para dar inicio a un proceso penal, disminuyendo de esta forma los ámbitos de indeterminación que puede generar el texto de la ley, así como los espacios para actuaciones discrecionales y/o arbitrarias.

Desde esta perspectiva, luego de analizados con atención los antecedentes puestos a disposición por la FNE, y con el ánimo de contribuir al cumplimiento de los fines propuestos por el Fiscal con la elaboración de la Guía, hacemos presente a través de este documento algunos comentarios y sugerencias, los que se exponen en el mismo orden que propone la Guía:

1. En el punto III, que se refiere a la primera etapa de análisis, “*Concordancia entre el acuerdo establecido por sentencia del TDLC y el Delito de Colusión*”, párrafos 16 y siguientes, entendemos que la concordancia que debe verificarse por la FNE, presupone no solo que se haya establecido un acuerdo por sentencia ejecutoriada, sino que necesariamente dicho acuerdo ha de ser de aquellos establecidos en el artículo 3, letra a), del DL N°211.

Lo anterior fundado en que si bien en el capítulo V del DL 211, “De las Sanciones Penales”, no existe una referencia expresa a que estas se limiten a las conductas de artículo 3°, letra a), cierto es que existe una relación de género a especie entre dicha disposición con el artículo 62, pues los hechos que allí se tipifican como delito están comprendidos dentro de la letra a) del artículo 3°, no cabiendo la aplicación del tipo penal a otro tipo de acuerdos entre competidores.

Asimismo, de una interpretación sistemática de las normas del Título V, se confirma que la sanción penal está vinculada a conductas tipificadas en el artículo 3 letra a). En efecto, el artículo 63 del DL 211, al regular los supuestos especiales de exención de responsabilidad penal, señala que se les reconoce este beneficio a las personas que primero hayan aportado antecedentes a la FNE de conformidad al artículo 39 bis, disposición que sólo reconoce un beneficio a la confesión de conductas previstas en el artículo 3 letra a). En este mismo sentido, el artículo 64 establece que el Fiscal deberá informar en la querrela la circunstancia de haber obtenido autorización judicial para realizar medidas intrusivas, y es del caso que tales medidas sólo pueden autorizarse y utilizarse para acreditar conductas del artículo 3 letra a).

Por lo expuesto se sugiere especificar en el punto III de la Guía, que en esta primera etapa de análisis, la concordancia solo se verificará cuando exista una sentencia del TDLC que haya establecido la existencia de un acuerdo del artículo 3 letra a) del DL 211.

2. En relación con el punto IV de la Guía titulado “*El deber de interponer querrela*”, párrafos 21 y siguientes, sugerimos precisar algunos de los elementos cuya verificación, según los criterios establecidos en la Guía, comprometerían gravemente la libre competencia en los mercados y, por ende, obligan a la FNE a interponer querrela. En particular:
 - a. En relación con el primer requisito, “*existencia de una sentencia definitiva ejecutoriada que imponga sanciones por una infracción al artículo 3º letra a) del DL 211*”, del modo cómo está planteado, y atendido lo dispuesto en el artículo 3º, inciso primero, y el artículo 26, que refieren tanto a la posibilidad de imponer sanciones como medidas preventivas, correctivas o prohibitivas, pareciera que dejaría fuera aquellos casos en que no se imponen multas, pero se ordena a las partes realizar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia. Lo anterior, resulta más trascendental en asuntos administrativos contenciosos.

Del mismo modo, al exigir que la sentencia imponga sanciones, se excluyen aquellos casos en que no se impone sanción alguna por el TDLC o la Excma. Corte Suprema por haber transcurrido el plazo de prescripción de 5 años establecido en el inciso 4º del artículo 20 del DL 211, no obstante existir un acuerdo constitutivo del tipo infraccional de la letra a), del artículo 3º.

Una precisión sobre este punto contribuirá a determinar si casos como los expuestos se encuentran comprendidos o no dentro del deber de presentar querrela de la FNE.

Por su parte, sería pertinente aclarar qué ocurre en el caso que el proceso judicial seguido ante el TDLC, por conductas colusorias del artículo 3º, letra a), se le ponga término mediante un acuerdo conciliatorio, distinguiendo si fuera el caso, la existencia de reconocimiento de los hechos que se imputan en el requerimiento.

Por último, el requisito de que se trate de una sentencia que imponga sanciones en virtud de una infracción contemplada en el artículo 3 a) del DL 211, creemos que es una circunstancia que ya corresponde ser evaluada para efectos de verificar si se da la concordancia que se analiza en el apartado 3 a) de la Guía, según ya explicamos con anterioridad.

- b. En relación con el tercer requisito, “*que el hecho se haya prolongado por un período de tiempo significativo, tomando en consideración la naturaleza de la conducta y el mercado afectado*”, sugerimos precisar la significación del tiempo requerida o dar algún rango. Adicionalmente, sugerimos explicar la relación que podría existir entre período de tiempo, naturaleza de la conducta y mercado afectado, a la que alude la segunda parte del requisito, pues estos elementos podrían estar comprendidos en otro de los requisitos copulativos que se analizarán.
- c. En relación con el cuarto requisito, “*que el hecho haya afectado a todo o gran parte del territorio nacional*”, sugerimos evaluar la pertinencia de este requisito a la luz de interrogantes como la siguiente: si los transportistas locales de la ciudad de Valdivia acuerdan subir los precios, afectando a la población de dicha ciudad, ¿se va a entender que se ha afectado “*gran parte del territorio nacional*”? Al menos, sugerimos precisar en qué casos se va a entender que se ha afectado “*gran parte del territorio nacional*”.
- d. En relación con el quinto requisito, “*que los efectos económicos del hecho sean de magnitud considerable y aptos para provocar un impacto sistémico en los mercados*” sugerimos clarificar las dos características que deben tener los efectos económicos del hecho para que la FNE interponga querrela –magnitud considerable y aptitud para provocar un impacto sistémico–, transparentando si: (i) sólo entiende que existe un deber de querellarse cuando el acuerdo produzca efectos en el mercado; y (ii) si sólo se entiende que existe un deber de querellarse en acuerdos que les confiera poder de mercado a los competidores que participan en el mismo o utilizar un lenguaje que permita objetivar el cumplimiento de este requisito.

Los comentarios y/o sugerencias anteriores tienen por finalidad cumplir con el objetivo propuesta en la Guía en cuanto a contribuir a reducir los espacios de incertidumbre de los operadores del sistema respecto de los casos en que el Fiscal

se verá obligado a presentar querrela, posibilitando la persecución de la correspondiente responsabilidad penal.

3. En relación con el punto V de la Guía, titulado “*La facultad de interponer querrela*”, párrafo 24 y siguientes, particularmente respecto de los criterios orientadores que la FNE sopesará al momento de decidir si ejercer o no su facultad de querellarse, tenemos las siguientes sugerencias:
 - a. En relación con los criterios relativos al hecho punible (párrafos 26 y siguientes), sugerimos precisar los casos que se intentan abarcar cuando se extiende la posibilidad de querellarse a supuestos en que no solo se afecta sino que se “*tiende a afectar*” a la población y al mercado relevante. Podría evaluarse el usar el término “*que tengan la aptitud de afectar*”.
 - b. En relación con los criterios relativos al comportamiento de las personas penalmente responsables por el hecho (párrafo 31), se estableció en la Guía que “*la FNE podrá considerar el hecho de que las personas naturales hubieren intervenido previamente en otras infracciones al artículo 3º*”. El verbo subrayado es muy amplio, pues la idea que transmite la Guía es una especie de reincidencia, y en ese caso, nos parece que debiera exigirse una condena previa. Debe tenerse en consideración que en las sentencias del TDLC, forma parte del relato de los hechos la concurrencia de determinadas personas naturales –por ejemplo, celebración de reuniones, comunicaciones electrónicas, entre otros-, pero tales personas no han sido requeridas o demandadas ni han sido parte del proceso, ni menos existe una sentencia que califique su responsabilidad en los mismos, por lo que sugerimos que la FNE acote dicho criterio a personas naturales hubieren sido sancionadas/condenadas por otras infracciones al artículo 3º, letra a), sin que baste la mera intervención.
 - c. En relación con los criterios relativos a la probabilidad de éxito de la acción penal y los objetivos de la Libre Competencia (párrafos 32 y 33), se estableció que “*la FNE evaluará si el potencial ejercicio de una acción penal cuenta con una probabilidad apreciable de prosperar, en términos que sea razonablemente plausible que la querrela pueda resultar en una justa sentencia condenatoria*”. Si bien entendemos que el deber y la facultad de querellarse deben ser ejercidos responsablemente por la FNE, no parece razonable supeditar la facultad de querellarse a una prognosis que escapa del ámbito de las competencias propia de la FNE. Sugerimos suprimir esta consideración, salvo que se someta a una consideración respecto al estándar de convicción a que ha arribado el TDLC y la Corte Suprema respecto a la existencia del acuerdo colusorio.

Esperamos que los comentarios expuestos puedan contribuir a la construcción de la Guía.