

Guía Interna para la Interposición de Querellas por el Delito de Colusión

Santiago, junio de 2018

PRESENTACIÓN

La Ley N° 20.945 reintrodujo el delito de colusión en la normativa de libre competencia chilena, contenida en el Decreto Ley N° 211, de 1973 (“**DL 211**”). La investigación penal de este delito solo puede iniciarse mediante querrela de la Fiscalía Nacional Económica (“**FNE**”), una vez establecida la existencia del acuerdo colusorio por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“**TDLC**”).

El legislador optó por la secuencialidad en la persecución contravencional y penal para evitar juicios paralelos. A su vez, considerando que no necesariamente todos los casos de colusión sancionados en sede contravencional debían ser perseguidos penalmente, condicionó el inicio de la investigación criminal a la interposición de una querrela. Por último, entregó la facultad, y en algunos casos el deber, de formular esa querrela a la FNE, consignando que se trata de la institución en mejor posición para evaluar qué acuerdos comprometen más intensamente la libre competencia en los mercados, y en qué casos la persecución penal es el mecanismo más eficaz para reafirmar la vigencia de las normas que la protegen.

La efectiva sanción criminal de los casos de colusión que afectan más gravemente la libre competencia es importante para la FNE y para el sistema de defensa de la libre competencia en general.

En cumplimiento de su mandato legal de aplicar el DL 211 en la esfera de sus atribuciones, la FNE ha preparado la presente Guía Interna para la Interposición de Querellas por el Delito de Colusión (“**Guía**”). Este documento busca explicitar los criterios generales a los que se sujetará la FNE en el ejercicio de la atribución y el cumplimiento del deber de interponer querrela criminal por el delito de colusión. Nuestro propósito es hacer públicas las razones que orientarán la actuación de la FNE en esta materia, y con ello acotar los espacios de discrecionalidad que la ley confiere a la autoridad.

Atentamente,

Felipe Irrarrázabal Ph.
Fiscal Nacional Económico

I. INTRODUCCIÓN

1. La Ley N° 20.945 introdujo un nuevo Título V al DL 211, que lleva por epígrafe “*De las Sanciones Penales*” y comprende cuatro artículos.
2. El artículo 62 tipifica el delito de colusión, establece las penas respectivas y regula su determinación judicial y ejecución¹. El artículo 63 regula la exención de responsabilidad penal o rebaja en las penas a quienes se acojan al beneficio de delación compensada. El artículo 64 regula las condiciones y modos de ejercicio de la acción penal respectiva. Finalmente, el artículo 65 establece el plazo de prescripción de la acción penal.
3. El ejercicio de la acción penal por el delito de colusión ha quedado sujeto a una serie de reglas especiales. En primer lugar, para que el Ministerio Público pueda iniciar una investigación de los hechos constitutivos del delito de colusión, el inciso primero del artículo 64 exige que la existencia del acuerdo contravencional haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC. Así, la ley dispone que para iniciar la persecución penal de la colusión debe antes agotarse la vía contravencional, culminando ésta en una sentencia que dé por establecida la existencia de un acuerdo colusorio.
4. En seguida, la misma disposición exige, como condición de procesabilidad del delito de colusión, la interposición de una querrela por la FNE, excluyendo la iniciativa de otros denunciantes, querellantes o del Ministerio Público. La historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.945 da cuenta de que el legislador estimó que la FNE es el órgano que se encuentra en mejor posición institucional para evaluar aquellos casos de colusión que ameritan ser perseguidos penalmente.
5. La interposición de querrela es, por regla general, facultativa para la FNE. Así se desprende del texto citado, que establece que la FNE “*podrá*” interponer querrela solo una vez que la existencia del acuerdo colusorio haya sido establecida por el TDLC. Esta conclusión es reforzada por el inciso tercero del mismo artículo, que obliga al Fiscal Nacional Económico a emitir una decisión fundada en caso que, establecida por el TDLC la existencia del acuerdo, el Fiscal “*decidiere no interponer querrela por los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62*”.
6. Cabe destacar que la ley no contempla la posibilidad que la FNE pueda denunciar o remitir los antecedentes al Ministerio Público, de manera tal que solo puede optar por asumir la calidad de querellante en el proceso penal, con todos los derechos, responsabilidades y cargas que ello conlleva.

¹ Todas las referencias a artículos sin mención del cuerpo legal al que pertenecen deben entenderse hechas al DL 211.

7. La excepción al carácter facultativo de la querrela está contenida en el inciso segundo del artículo 64, que establece que *“El Fiscal Nacional Económico deberá interponer querrela en aquellos casos en que se tratare de hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados”*.

8. Esta Guía adelanta los criterios generales a los que se sujetará la FNE para evaluar aquellos hechos que comprometen gravemente la libre competencia en los mercados conforme al inciso segundo del artículo 64 precitado, las consideraciones que se tendrán en cuenta para tomar la decisión de interponer una querrela criminal por el delito del artículo 62 en los demás casos, o para justificar fundadamente su no interposición, según corresponda.

II. MARCO NORMATIVO Y ETAPAS DE ANÁLISIS DE LA FNE

9. El inciso primero del artículo 64 dispone que la investigación por el delito de colusión solo podrá iniciarse mediante querrela, la que sólo podrá interponerse *“una vez que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”*.

10. La expresión *“del acuerdo”* se refiere al acuerdo colusorio constitutivo de delito descrito por el artículo 62. Sin embargo, la sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC no aplicará el supuesto de hecho del artículo 62, sino aquel supuesto de hecho del artículo 3° que sea pertinente. Lo que exige el artículo 64 es que la sentencia definitiva ejecutoriada dé por probados ciertos hechos (*“la existencia del acuerdo”*) y que esos hechos sean posteriormente susceptibles de ser considerados como hechos que revisten el carácter de delito en la correspondiente investigación penal.

11. Por tanto, en una primera etapa de análisis, la FNE examinará si existe concordancia entre aquellos hechos cuya existencia queda establecida en la sentencia definitiva dictada en el juicio contravencional y la descripción legal prevista en el artículo 62.

12. Verificada esta concordancia, solo una querrela de la FNE puede dar inicio a la investigación penal. Así lo establece el inciso primero del artículo 64 al señalar que:

“Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62 sólo se podrán iniciar por querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica, la que podrá interponerla una vez que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (...)”.

13. Existiendo una sentencia ejecutoriada del TDLC que establezca la existencia de un acuerdo colusorio y siendo éste constitutivo de delito conforme al artículo 62, la FNE estará obligada a querellarse si los hechos comprometen gravemente la libre competencia en los mercados. En los casos en que no esté obligada, la FNE podrá interponer querrela o no hacerlo, debiendo emitir una decisión fundada si decide no querellarse.

14. En una segunda etapa de análisis, la FNE evaluará si los hechos establecidos por el TDLC comprometen la libre competencia en los mercados de manera grave. Esta Guía adelanta los criterios en que se basará la FNE en esta segunda etapa de análisis para determinar si hay compromiso grave de la libre competencia en los mercados. En la afirmativa la FNE estará obligada a querellarse. En la negativa pasará a una tercera y última etapa de análisis.

15. En una tercera y última etapa de análisis, la FNE determinará si ejercer o no su facultad de querellarse. Para estos efectos, la presente Guía adelanta los criterios que la FNE tendrá en cuenta para adoptar dicha decisión y, por tanto, también aquellos criterios en que basará su decisión fundada de no presentar querrela por el delito de colusión.

III. CONCORDANCIA ENTRE EL ACUERDO ESTABLECIDO POR SENTENCIA DEL TDLC Y EL DELITO DE COLUSIÓN

16. Para que la FNE ejerza su potestad de querellarse se debe haber establecido la existencia de un acuerdo por sentencia definitiva ejecutoriada en el juicio contravencional respectivo. Un presupuesto formal para que la FNE pueda querellarse es que exista concordancia entre el acuerdo cuya existencia se ha establecido en la sentencia y el supuesto de hecho del delito de colusión contemplado en el artículo 62. Esa concordancia debe ser constatada por la FNE. A continuación se exponen algunas de las consideraciones que la FNE tendrá presente al realizar ese análisis de concordancia.

17. El artículo 64 exige que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC. La FNE entiende que lo que la ley exige es que se encuentre ejecutoriada una sentencia definitiva dictada en un juicio llevado ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. De esta forma, si el TDLC no da por establecida la existencia de un acuerdo colusorio, pero sí lo hace la Excma. Corte Suprema conociendo un recurso de reclamación, la FNE deberá igualmente realizar el análisis de concordancia. A la inversa, la FNE entiende que la condición requerida por el artículo 64 para que se pueda proceder penalmente no se encuentra cumplida si el TDLC da por establecida la existencia de un acuerdo colusorio y la Excma. Corte Suprema revoca esa decisión.

18. Tanto el artículo 3° como el artículo 62 contemplan una pluralidad de hipótesis constitutivas de colusión. La FNE entiende que el análisis de concordancia queda satisfecho si se ha establecido la existencia de un acuerdo respecto de una o más hipótesis de colusión del artículo 3° y que además este acuerdo realiza el supuesto de hecho del artículo 62. No obstante, en el evento que el TDLC dé por establecida la existencia de conductas que abarquen más de una hipótesis de acuerdo de aquellas previstas en el artículo 62, la FNE no necesariamente presentará querrela por todas las hipótesis de colusión que se hayan dado por establecidas en el juicio contravencional, sino según corresponda conforme los criterios que se exponen en la presente Guía.

19. Conforme al DL 211 no hay concordancia, y por tanto la FNE no presentará querrela, cuando la sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC (o de la Excma. Corte Suprema, en su caso) establezca la existencia de una práctica concertada, de acuerdos colusorios que consistan en afectar el resultado de procesos de licitación convocados por privados no prestadores de servicios públicos, o de acuerdos cuyo objeto consista en determinar condiciones de comercialización o excluir competidores actuales o potenciales.

20. El DL 211 no requiere que la sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC o de la Excma. Corte Suprema establezca la responsabilidad individual de aquellas personas naturales que pudieran ser objeto de persecución penal.

IV. EL DEBER DE INTERPONER QUERELLA

21. Establecida la concordancia antedicha, la FNE analizará si esos hechos comprometen gravemente la libre competencia en los mercados. Esta sección comprende el conjunto de criterios o parámetros de interpretación en base a los cuales la FNE entenderá que los hechos establecidos en la sentencia definitiva ejecutoriada satisfacen este presupuesto legal.

22. 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° del DL 211, cuando se verifiquen, copulativamente, los siguientes requisitos:

- (1) Que el acuerdo cuya existencia se haya establecido por sentencia definitiva ejecutoriada sea calificado en dicha sentencia como una infracción a la letra a) del artículo 3°;
- (2) Que los efectos económicos del hecho sean de magnitud considerable y aptos para provocar un impacto sistémico en los mercados;
- (3) Que la conducta afecte bienes o servicios de consumo masivo o de primera necesidad; y
- (4) Que concurra al menos uno de los siguientes presupuestos:
 - a. Que el hecho se haya prolongado por un período de tiempo significativo, tomando en consideración la naturaleza de la conducta y el mercado afectado. Se entenderá en todo caso significativa la prolongación por 3 o más años; o,
 - b. Que el hecho haya afectado a todo o gran parte del territorio nacional.

23. Para determinar si se cumplen las condiciones precedentes, la FNE examinará los hechos acreditados en el juicio contravencional y la evidencia recabada en su investigación, orientada a esclarecer infracciones del artículo 3°. Con todo, la FNE entiende que las calificaciones de gravedad de la conducta que pueda haber hecho la propia FNE, el TDLC o la Excma. Corte Suprema para efectos de lo establecido en la letra c) del artículo 26, o que pueda haber hecho la FNE, el TDLC o la Ittma. Corte de Apelaciones de Santiago en aplicación del artículo 39 letra n), no resultan vinculantes ni necesariamente determinan

que dichas conductas comprometan gravemente la libre competencia en los mercados en los términos del artículo 64 inciso segundo.

V. LA FACULTAD DE INTERPONER QUERELLA

24. En aquellos casos en que exista concordancia entre el acuerdo colusorio establecido por sentencia ejecutoriada del TDLC y el supuesto de hecho del delito de colusión, pero en que no se reúnan los requisitos copulativos establecidos en el apartado anterior para considerar que los hechos comprometen gravemente la libre competencia en los mercados, la FNE deberá decidir respecto de la procedencia de la querella. Así se desprende de lo establecido en el inciso primero y letra r) del artículo 39, y de los incisos primero y tercero del artículo 64. Conforme a esta última norma, cuando el Fiscal Nacional Económico decidiera no interponer querella deberá emitir una decisión fundada.

25. En esta sección se presentan una serie de criterios orientadores que la FNE sopesará según sus propias apreciaciones al momento de decidir si ejercer o no su facultad de querellarse. En caso que decida no hacerlo, la decisión fundada se basará en uno o varios de estos criterios.

A) CRITERIOS RELATIVOS AL HECHO PUNIBLE

26. **Que se trate de un acuerdo contrario al artículo 3° letra a).** La FNE podrá atender al hecho de si el acuerdo fue calificado en la sentencia definitiva ejecutoriada como una infracción a la letra a) del artículo 3°, y a si la existencia de dicho acuerdo hubiese sido dada a conocer al público o si por el contrario este tuviere un carácter eminentemente secreto.

27. **Magnitud de los efectos producidos por el acuerdo.** La FNE podrá tener en cuenta los efectos que el hecho ilícito produjo o fue evidentemente apto para producir, específicamente en lo que concierne a cualquiera de las siguientes dimensiones:

- (1) Si el hecho afectó o fue apto para afectar de manera masiva a la población;
- (2) Si el hecho confirió o fue apto para conferir a los infractores poder de mercado en el mercado relevante que el hecho ilícito afectó o fue apto para afectar; y,
- (3) Si el hecho afectó o fue apto para afectar todo o gran parte del territorio nacional.

28. **Magnitud de beneficios económicos.** La FNE podrá atender al hecho de haberse acreditado la obtención de beneficios económicos por parte de los coludidos con ocasión

de la conducta reprochada, y a su monto, o su aproximación, según se haya asentado judicialmente.

29. **Extensión temporal del acuerdo.** La FNE podrá considerar aquellos casos en que el hecho se haya prolongado por un período de tiempo significativo, tomando en consideración la naturaleza de la conducta y el mercado afectado. Se entenderá, en todo caso, significativa la prolongación por 3 o más años.

30. **Naturaleza del mercado.** En cuanto al mercado de los productos o servicios afectados por el acuerdo, la FNE podrá considerar el objeto de el o los acuerdos reprochables, respecto de lo cual se observará si se trata de:

- (1) Bienes o servicios de primera necesidad;
- (2) Bienes o servicios de consumo masivo; y,
- (3) Bienes o servicios con baja o nula sustituibilidad, entendida como la disposición de los consumidores a sustituir un producto por otro en respuesta a un cambio en precios o cantidades ofertadas.

31. **Intervención de una Asociación.** La FNE podrá considerar si el acuerdo fue organizado, coordinado, celebrado, ejecutado o monitoreado con la participación de una asociación o entidad que reúne a competidores.

B) CRITERIOS RELATIVOS AL COMPORTAMIENTO DE LAS PERSONAS PENALMENTE RESPONSABLES POR EL HECHO

32. Para la decisión de presentar o no una querrela criminal la FNE podrá tener en cuenta la gravedad manifiesta de las intervenciones individuales y los roles claves desempeñados por personas naturales identificadas o identificables en la organización, celebración y/o ejecución del acuerdo colusorio. Asimismo, la FNE podrá considerar el hecho de que las personas naturales hubieren intervenido previamente en otras infracciones al artículo 3° y, en general, los antecedentes que justifiquen la necesidad de solicitar la aplicación de la pena de inhabilitación prevista por la ley.

C) CRITERIOS RELATIVOS A LA PROBABILIDAD DE ÉXITO DE LA ACCIÓN PENAL Y LOS OBJETIVOS DE LIBRE COMPETENCIA

33. La FNE entiende que la facultad de interponer querrela en caso de delitos del artículo 62 debe orientarse a sus fines institucionales de protección de la libre competencia en términos de sancionar y disuadir conductas que contravienen la libertad de los agentes en el mercado y perjudican a los consumidores y a la economía en su conjunto. Por

consiguiente, la FNE ponderará caso a caso si la querrela criminal es necesaria, proporcional y compatible con el cumplimiento a cabalidad de los objetivos que le mandata el DL 211.

34. 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, entendiendo que solo en estos casos se hace efectiva la finalidad disuasoria de la intervención penal.

35. Para lo anterior, la FNE verificará la existencia de elementos de prueba que se encuentren disponibles en el expediente contravencional para acreditar los hechos objeto de la querrela.

VI. OTRAS DISPOSICIONES

36. El Jefe de la División de Litigios de la FNE, o quién lo subroge, deberá informar fundadamente al Fiscal Nacional Económico su opinión respecto de la procedencia o no de la interposición de una querrela por el delito del artículo 62, a más tardar en el plazo de cinco meses, contados desde que se notifique a la FNE la sentencia definitiva ejecutoriada pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

37. El Fiscal Nacional Económico podrá solicitar los informes internos o externos que estime adecuados en relación con el ejercicio de la facultad contenida en el inciso tercero del artículo 64.

38. Durante la investigación y el juicio penales la FNE mantendrá la confidencialidad de aquellos antecedentes respecto de los cuales haya sido decretada o que sea procedente de conformidad a lo dispuesto en el DL 211, sin perjuicio de la facultad del Ministerio Público de solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el alzamiento de la confidencialidad o reserva de determinadas piezas de su expediente, de conformidad al artículo 64.

39. En aquellos casos en que el Fiscal Nacional Económico resuelva no formular querrela, se emitirá una decisión fundada dentro del plazo señalado en el inciso cuarto del artículo 64, la que se basará en los criterios enunciados en el capítulo V de la presente Guía. Dicha decisión será publicada en la página web de la FNE.

40. La FNE analizará los resultados de la aplicación práctica de los criterios listados en las secciones IV y V precedentes, e introducirá las modificaciones que se estimen pertinentes a la presente Guía. A más tardar dentro del plazo de cinco años contados desde su publicación la FNE evacuará un informe a este respecto.
