

**Respuesta a los comentarios del primer borrador de febrero de 2018**  
**“Guía Interna para la interposición de querellas por el delito de colusión”**

<b>Comentario</b>	<b>Párrafo</b>	<b>Sección</b>	<b>Título</b>	<b>Texto</b>	<b>Comentario(s)</b>
1	16	III	Concordancia entre el acuerdo establecido por sentencia del TDLC y el delito de colusión.	<i>"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".</i>	<i>"Se sugiere especificar en el punto III de la Guía, que en esta primera etapa de análisis, la concordancia sólo se verificará cuando exista una sentencia del TDLC que haya establecido la existencia de un acuerdo del artículo 3 letra a) del DL. 211".</i>

**Respuesta FNE:**

El inciso primero del artículo 64 dispone que la investigación criminal solo podrá iniciarse una vez que *"la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia"*. La norma no expresa que junto con establecer la existencia de un acuerdo el TDLC deba calificarlo jurídicamente como una contravención al artículo 3° letra a). Por tanto, establecida que sea la existencia de un acuerdo por sentencia definitiva ejecutoriada del H. TDLC, sea que se califique o no como una infracción al artículo tercero letra a), el texto de la ley obliga a la FNE a analizar si tiene el deber o la facultad de querellarse, y, en su caso, de emitir una decisión fundada. Con todo, considerando el texto del artículo 62 y su relación con ciertos conceptos del artículo 3° letra a), así como la historia fidedigna de la ley N° 20.945, el nuevo texto de la Guía previene que la circunstancia de que el acuerdo cuya existencia se haya establecido por sentencia definitiva ejecutoriada haya sido calificado en dicha sentencia como una infracción a la letra a) del artículo 3° será consideración necesaria y copulativa para la concurrencia del “deber” de ejercer una acción penal (párrafo 22.1) , y como criterio de análisis para su procedencia facultativa (párrafo 26).

Comentario	Párrafo	Sección	Título	Texto	Comentario(s)
2	19	III	Concordancia entre el acuerdo establecido por sentencia del TDLC y el delito de colusión	<i>"Conforme al DL 211 no hay concordancia, y por tanto la FNE no presentará querrela, cuando la sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC 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".</i>	<i>"Respecto a la lista de prácticas que estarían excluidas (en las cuales no se considera que existe concordancia), no existe claridad de cómo se aplicará en la práctica. Sería útil que la FNE proporcionara algunos escenarios o casos prácticos en los que espera que estas exclusiones se apliquen".</i>

**Respuesta FNE:**

El tipo penal de colusión no contempla prácticas concertadas ni acuerdos que involucren a competidores y consistan en determinar condiciones de comercialización, excluir competidores actuales o potenciales o bien afectar el resultado de procesos de licitación convocados por privados no prestadores de servicios públicos. Es, por tanto, la ley la que determina qué prácticas que constituyen infracciones contravencionales no son subsumibles en el delito de colusión del artículo 62. La Guía aclara que la FNE se estará a la calificación que hagan los tribunales respecto de qué hipótesis de colusión se ha verificado en los hechos. Por lo mismo, corresponderá a la jurisprudencia determinar los escenarios prácticos en que tales exclusiones aplican. Una vez que exista jurisprudencia asentada, se podría intentar incluir casos prácticos en una nueva versión de la guía.

Comentario	Párrafo	Sección	Título	Texto	Comentario(s)
3	21	IV	El deber de interponer querella	<i>"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".</i>	<i>"Sugerimos que, dentro de los criterios para determinar si debe interponerse una querella, se tome en cuenta el nivel educativo y socioeconómico de los probables responsables".</i>

**Respuesta FNE:**

Si los hechos establecidos judicialmente comprometen gravemente la libre competencia en los mercados, según los parámetros del párrafo 22 de la Guía, la FNE presentará querella sin consideración al “*nivel educativo y socioeconómico de los probables responsables*”. En caso que el ejercicio de querella resulte facultativo para la FNE, considerando las circunstancias particulares del hecho en cuestión, el criterio sugerido podría considerarse comprendido en el párrafo 32 de la Guía, el que señala: “*Para la decisión de presentar o no una querella criminal la FNE podrá tener en cuenta la gravedad de las intervenciones individuales y los roles desempeñados por personas naturales identificadas o identificables en la organización, celebración y/o ejecución del acuerdo colusorio*”.

Comentario	Párrafo	Sección	Título	Texto	Comentario(s)
4	22	IV	El deber de interponer querrella	<i>El título en su generalidad.</i>	<i>"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 en forma conjunta ("copulativamente"), pues de no ser así la institución 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".</i>

### **Respuesta FNE:**

El inciso segundo del artículo 64 establece que los acuerdos colusorios deben investigarse penalmente cuando comprometan gravemente la libre competencia en los mercados. La misma disposición, en concordancia con lo dispuesto en el inciso primero del mismo artículo, establece que el órgano llamado a determinar cuándo ha existido un grave compromiso a la libre competencia en los mercados es la FNE. Basada en su experiencia evaluando el impacto de conductas colusorias en los mercados, así como en su apreciación de la jurisprudencia especializada en la materia, la FNE considera que la valoración de aquellos hechos que "*comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados*" no puede determinarse mediante la evaluación aislada de uno solo de los criterios listados en el párrafo 22 de la Guía, lo que obliga a establecer una evaluación conjunta de diversos supuestos fácticos, jurídicos y económicos. Sin perjuicio de lo anterior, el actual texto del párrafo 22 de la Guía fue modificado, en el sentido de reducir el número de requisitos copulativos. De este modo, cumplidos los parámetros señalados en los numerales (1) a (3) del párrafo 22, la gravedad de los hechos en su dimensión temporal y territorial se analizarán de manera alternativa, en los términos que disponen los nuevos literales (a) y (b) del párrafo 22(4) de la Guía. Hay que tener presente que estos requisitos copulativos se aplican sólo respecto al deber de interponer una querrella. En caso que no se cumplan, la FNE igualmente podría decidir querrellarse, si así lo estima necesario, basado en los criterios reseñados en la Guía, aunque se cumplan uno o varios de ellos.

Comentario	Párrafo	Sección	Título	Texto	Comentario(s)
5	22	IV	El deber de interponer querrela	<i>El título en su generalidad.</i>	<i>"[S]e 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".</i>

**Respuesta FNE:**

A pesar de que el legislador ha dado a los acuerdos en licitaciones públicas un tratamiento similar al de otras hipótesis de colusión - como la fijación de precios o el reparto de mercado-, estos acuerdos son considerados en ocasiones por el derecho comparado como de mayor gravedad. Sin embargo, tratándose del deber de querellarse, el legislador no ha encomendado a la FNE analizar la gravedad general de la conducta, sino si esta compromete gravemente la libre competencia en los mercados. La FNE no puede, en abstracto y en forma anticipada, sostener que todos los casos de colusión en licitaciones públicas comprometerán gravemente la libre competencia en los mercados. En estos casos, como ocurre con las demás hipótesis de colusión, determinar si la competencia en los mercados se ha comprometido en forma grave exige analizar las particularidades del caso, teniendo en consideración los criterios establecidos en la Guía.

Comentario	Párrafo	Sección	Título	Texto	Comentario(s)
6	22	IV	El deber de interponer querrella	"(1) Existencia de una sentencia definitiva ejecutoriada que imponga sanciones por una infracción al artículo 3° letra a) del DL 211".	<p>1. "Atendido a lo dispuesto en el artículo 3°, 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 la realización de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia. [...] 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 4° del artículo 20 del DL 211, no obstante existir un acuerdo constitutivo del tipo infraccional de la letra a), del artículo 3°".</p> <p>2. "Sería pertinente aclarar qué ocurre en el caso que el proceso judicial ante el TDLC, por conductas colusorias del artículo 3°, 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".</p>

**Respuesta FNE:**

1. El nuevo párrafo 22 (1) de la Guía ha sido modificado teniendo en cuenta lo sugerido.
2. La FNE está llamada a analizar si los hechos establecidos por sentencia definitiva ejecutoriada comprometieron gravemente la competencia en los mercados. Una resolución judicial que se pronuncie sobre un eventual acuerdo conciliatorio no cumpliría el presupuesto legal del inciso primero del artículo 64.

Comentario	Párrafo	Sección	Título	Texto	Comentario(s)
7	22	IV	El deber de interponer querella	"(3) Que el hecho se haya prolongado por un período de tiempo significativo, tomando en consideración la naturaleza de la conducta y el mercado afectado".	<p>1. "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 del DL. 211 castiga el acuerdo colusorio por el sólo hecho de celebrarse u organizarse".</p> <p>2. "Sugerimos precisar la significación de tiempo requerida o dar algún rango".</p> <p>3. "Sugerimos explicar la relación que podría existir entre periodo de tiempo, naturaleza y mercado afectado, a la que alude la segunda parte del requisito".</p>

**Respuesta FNE:**

1. Es efectivo que el tipo penal del artículo 62 castiga el acuerdo colusorio por el solo hecho de celebrarse u organizarse. Sin embargo, el requisito temporal comentado no está establecido para el análisis de concordancia, sino para la evaluación de si la FNE tiene el deber de querellarse. Este análisis, de acuerdo al inciso segundo del artículo 64, supone determinar cuáles de aquellos hechos subsumibles en el supuesto de hecho del artículo 62 comprometen, además, gravemente la libre competencia en los mercados. Basada en su experiencia determinando el impacto de la colusión en los mercados, y en su comprensión de la jurisprudencia especializada nacional y extranjera, la FNE estima que para determinar la gravedad del compromiso a la libre competencia en los mercados debe considerar si el acuerdo colusorio se ha prolongado por un período de tiempo significativo.

2. Se acoge la precisión sugerida en el nuevo párrafo 22(4.a).

3. Acuerdos colusorios de una misma duración pueden comprometer con distinta intensidad la libre competencia, según la naturaleza de la conducta y del mercado en que tienen lugar. Por ejemplo, dos acuerdos de corta duración, uno para afectar una licitación en que se adjudica un contrato de largo plazo y otro para fijar precios en un mercado con transacciones frecuentes, no necesariamente comprometen la competencia en los mercados con la misma intensidad.

Comentario	Párrafo	Sección	Título	Texto	Comentario(s)
8	22	IV	El deber de interponer querella	"(4) Que el hecho haya afectado a todo o gran parte del territorio nacional"	<p>1. "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. presentarse querella a razón que la colusión no ha afectado a todo o gran parte del territorio nacional".</p> <p>2. "Sugerimos evaluar la pertinencia del requisito [...] Al menos, sugerimos precisar en qué casos se va a entender afectado "gran parte del territorio nacional"".</p> <p>3. Se señala que requisito "no parece encontrar gran justificación", pues "quedaría abierta la posibilidad de no perseguir a aquellos carteles que tienen por objeto la repartición de cuotas de mercado, cuando esas cuotas son, por ejemplo, determinadas bajo criterios geográficos".</p>

**Respuesta FNE:**

**1 y 2.** Recogiendo en parte los comentarios citados, los requisitos temporal y territorial se analizarán de manera alternativa, en los términos que disponen los nuevos literales (a) y (b) del párrafo 22(4) de la Guía.

En cuanto a la pertinencia del requisito y la jurisprudencia en la materia, la FNE considera que el ámbito territorial o geográfico afectado es y ha sido un criterio relevante para determinar la aptitud de los hechos para comprometer gravemente la libre competencia en los mercados.

**3.** Un acuerdo entre competidores para repartirse geográficamente uno o más mercados afecta a todo el territorio repartido, y no la zona asignada a cada competidor en forma aislada.

Comentario	Párrafo	Sección	Título	Texto	Comentario(s)
9	22	IV	El deber de interponer querrela	"(5) Que los efectos económicos del hecho sean de magnitud considerable y aptos para provocar un impacto sistémico en los mercados".	<p><b>1.</b> "El último criterio es el más problemático de todos al estar dotado de un alto grado de imprecisión y ambigüedad". "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".</p> <p><b>2.</b> Se sugiere "clarificar las dos características que deben tener los efectos económicos del hecho para que la FNE interponga querrela [...] transparentando si: i) sólo entiende que existe un deber de querellarse cuando el acuerdo produzca efectos de 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".</p> <p><b>3.</b> "Sería útil si la FNE pudiera detallar estas directrices, en particular en relación con el criterio final, señalando qué factores se tendrán en cuenta para determinar la magnitud e impacto de la conducta".</p>

### **Respuesta FNE:**

**1.** El inciso segundo del artículo 64 exige a la FNE que se trate de hechos que, además de cumplir con el supuesto de hecho del artículo 62, comprometan gravemente la libre competencia en los mercados. La FNE estima que la magnitud de los efectos económicos del hecho, así como su aptitud para impactar en forma sistémica los mercados, son criterios que deben ser considerados para evaluar si la libre competencia en los mercados se ha comprometido en forma grave.

**2 y 3.** El requisito exige que el acuerdo tenga efectos para que la competencia en los mercados sea gravemente comprometida, y establece además que estos deben ser de una magnitud considerable y aptos para provocar un impacto sistémico en los mercados. La forma específica en que este requisito será analizado y eventualmente cuantificado deberá evaluarse teniendo en consideración las particularidades jurídicas y económicas del caso en cuestión.

Comentario	Párrafo	Sección	Título	Texto	Comentario(s)
10	25	V	La facultad de interponer querrela	<i>"En esta sección se presenta 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"</i>	<p>1. Se sugiere que sería de ayuda identificar hasta qué punto los criterios "discrecionales" son idénticos con aquellos para querrela "obligatoria". En los casos que sean idénticos, sugiere que las descripciones se armonicen a lo largo de la Guía.</p> <p>2. Se sugiere "considerar la colusión en el caso de compras públicas como un factor a considerar a momento de determinar si se presenta o no la querrela".</p> <p>3. "Sería útil que la FNE pudiera indicar el valor o relevancia que le asigna a cada uno de los criterios indicados en relación con el hecho punible, la responsabilidad del individuo, y el éxito de la persecución penal".</p> <p>4. Para proveer mayor orientación a compañías e individuos, sería de ayuda si la FNE pudiera proveer consideración adicional al peso que se dará a los diferentes factores. Por ejemplo, si aparece probable que la magnitud de los efectos será un factor central en la toma de decisión, y es menos claro que el involucramiento de una AG sea un factor importante.</p>

### **Respuesta FNE:**

1. Los criterios que se adoptarán para evaluar la procedencia de una querrela (facultativa) son más amplios que aquellos destinados a evaluar el "compromiso grave". Por esta razón, los criterios no siempre están formulados en los mismos términos. Sin embargo, siguiendo la sugerencia, se ha modificado el lenguaje de los párrafos IV y V con el objeto de dar mayor consistencia interna al documento.

2. Favor remitirse a respuesta al comentario 5.

3 y 4. La Fiscalía estima que la ponderación de los criterios y su peso específico en la evaluación de la gravedad de los hechos que se establezcan judicialmente, deben analizarse según las circunstancias particulares de cada caso, sin que resulte posible anticipar en abstracto la valoración concreta que ha de asignarse a cada uno de ellos.

Comentario	Párrafo	Sección	Título	Texto	Comentario(s)
11	26	V	La facultad de interponer querella	<i>"Magnitud de los efectos producidos por el acuerdo colusorio. La FNE podrá tener en cuenta los efectos que el hecho ilícito produjo o tendió a producir"</i>	<i>"Se sugiere precisar los casos que se intentan abarcar cuando se extiende la posibilidad de querellarse a supuestos en que no sólo se afecta sino que se "tiende a afectar" a la población y al mercado relevante. Podría evaluarse usar el término "que tenga la aptitud de afectar".</i>

**Respuesta FNE:**

Se acoge el comentario y se modifica la Guía en el sentido sugerido. Por consiguiente, el nuevo texto del encabezado del párrafo 27 dispone lo siguiente: *"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: [...]"*.

Comentario	Párrafo	Sección	Título	Texto	Comentario(s)
12	26	V	La facultad de interponer querrela	<i>"Si considerados conjuntamente, los infractores contaban con una alta participación en el mercado relevante que el hecho ilícito afectó o tendió a afectar(...)"</i>	Se sugiere que la FNE considere el poder de mercado de los ofensores y no su alta participación en el mercado, ya que la alta participación no importa necesariamente la aptitud necesaria para subir los precios.

**Respuesta FNE:**

Se acoge el comentario en los términos que se indican. De acuerdo a ello, el nuevo texto del párrafo 27(2) señala: *"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"*.

Comentario	Párrafo	Sección	Título	Texto	Comentario(s)
13	27	V	La facultad de interponer querrela	<i>"Magnitud de beneficios económicos. La FNE podrá atender al hecho de haberse acreditado la obtención de beneficio económico por parte de los coludidos con ocasión de la conducta reprochada, y a su monto, o su aproximación, según se haya asentado judicialmente".</i>	<i>"La magnitud de los beneficios económicos que el individuo o las empresas han obtenido son generalmente difíciles de determinar. Podría observarse el caso de UK que considera como criterio hasta qué punto el ejecutor tenía como propósito obtener o aumentar las ganancias personales o de su empresa".</i>

**Respuesta FNE:**

Si bien los beneficios obtenidos con ocasión de una colusión pueden ser difíciles de determinar, se considera que una referencia a su constatación judicial por la vía de su determinación (o aproximación) permite recoger el mayor reproche que implica el haberse beneficiado. Al respecto, cabe consignar que conforme el artículo 26 y precisamente respecto a la determinación de una multa por parte del TDLC, se dispone que *"Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese [...]"*.

Comentario	Párrafo	Sección	Título	Texto	Comentario(s)
14	28	V	La facultad de interponer querella	<i>"Extensión temporal del acuerdo. La FNE podrá considerar aquellos casos en que se haya tenido por acreditado que el acuerdo anticompetitivo se ha prolongado por un periodo de tiempo significativo, tomando en consideración la naturaleza de la conducta y el mercado afectado"</i>	<i>"Criterios como el contenido en este párrafo son subjetivos, pues la Guía no provee una orientación acerca de qué se va a considerar un periodo significativo de tiempo. Por lo cual, se recomienda a la FNE establecer criterios más objetivos para efectos de aumentar la transparencia y la previsibilidad".</i>

**Respuesta FNE:**

Se acoge el comentario y se modifica la Guía en el sentido de la sugerencia. En virtud de lo anterior, el nuevo párrafo 29 contiene una orientación del período de tiempo a considerar, en los siguientes términos: *"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."*

Comentario	Párrafo	Sección	Título	Texto	Comentario(s)
15	30	V	La facultad de interponer querella	<i>"Intervención de una Asociación. La FNE considerará además si el hecho fue organizado, coordinado, celebrado, ejecutado o monitoreado con la participación de una asociación o entidad que reúne a competidores."</i>	<i>"En la mayoría de los criterios es posible apreciar la forma en qué influenciará o determinará a la FNE a presentar o no querella criminal. Sin embargo, en algunos de estos criterios no es posible determinar con claridad si influenciará en forma afirmativa o negativa la decisión de la FNE. Ejemplo de ello es el criterio contenido en el párrafo 30, pues no es posible determinar si la intervención de una asociación hace más o menos probable la interposición de la querella. Por ello se recomienda que se exponga con claridad si la concurrencia de los criterios previstos favorecerá o desfavorecerá la decisión de perseguir criminalmente".</i>

**Respuesta FNE:**

La FNE considera que la intervención de una asociación gremial puede favorecer la decisión de presentar querella. Del mismo modo, conforme lo señalado en el párrafo 26 de la Guía, el carácter eminentemente secreto del acuerdo puede favorecer la decisión de presentar querella, en contraposición al caso en que el acuerdo hubiese sido dado a conocer al público antes de iniciarse una investigación, sin que ninguno de estos criterios sea, por sí solo, determinante, y teniendo en consideración los demás factores expresados en la Guía.

Comentario	Párrafo	Sección	Título	Texto	Comentario(s)
16	31	V	La facultad de interponer querella	<i>"Para la decisión de presentar o no querrela criminal la FNE podrá tener en cuenta la gravedad de las intervenciones individuales y los roles 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"</i>	<p><b>1.</b> "El verbo "intervenido" es muy amplio, pues la idea que transmite la guía es una especie de reincidencia, y en este caso, nos parece que debiera exigirse una condena previa. [...] Sugerimos que la FNE acote dicho criterio a personas naturales que hubieren sido sancionadas/condenadas por otras infracciones al artículo 3°, letra a), sin que baste la mera intervención".</p> <p><b>2.</b> Se indica que la Guía (1) no entrega criterios que permitan determinar qué individuos dentro de una organización pueden ser objeto de una querrela criminal. (2) Por otra parte, señalan que la Guía no discute la posibilidad de que la FNE presente querellas en contra de individuos extranjeros por infracción a las normas nacionales de libre competencia. En este sentido, no se contemplan criterios relativos a la extradición o el debido proceso. En virtud de ello, se recomienda que la Guía aborde el tema indicando criterios que den cuenta de cuándo personas extranjeras podrían ser perseguidas penalmente.</p>

### **Respuesta FNE:**

**1.** Para la presentación de la querrela se considerarán las intervenciones individuales en casos anteriores y no necesariamente la condena, pues las personas naturales identificadas o identificables en la organización, celebración y/o ejecución del acuerdo colusorio podrían no haber sido partes en el proceso contravencional ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Ello es habitual, por ejemplo, en casos en que la acción es dirigida exclusivamente contra personas jurídicas.

**2.** No existiendo experiencia previa en la persecución criminal de carteles, la FNE estima inconveniente precisar en esta instancia el universo de posibles sujetos pasivos de las acciones penales que se deduzcan, así como entregar criterios relacionados a la extradición de personas extranjeras o al debido proceso en materia penal. Se hace presente que una vez interpuesta la querrela y remitidos los antecedentes al Ministerio Público, será esa entidad la encargada de dirigir en forma exclusiva la investigación penal de los hechos, sin perjuicio de la actuación de la FNE como parte querellante con todos los derechos que le confiere dicha calidad.

Comentario	Párrafo	Sección	Título	Texto	Comentario(s)
17	32	V	La facultad de interponer querella	<i>"La FNE entiende que la facultad de interponer querella 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 querella criminal es necesaria, proporcional y compatible con el cumplimiento a cabalidad de los objetivos que le mandata el DL 211".</i>	<i>"La Guía no provee un criterio objetivo para realizar este análisis en el caso concreto, por lo cual constituye un criterio subjetivo. Aportar mayor información en cómo la FNE va a aplicar este criterio permite otorgar transparencia y previsibilidad a las decisiones de la FNE".</i>

**Respuesta FNE:**

Se hace presente que el párrafo objeto del comentario se relaciona con los criterios para analizar la probabilidad de éxito de la acción penal, cuyo análisis se encuentra desarrollado en los párrafos 34 y 35 de la Guía. Una vez que se tenga experiencias concretas de persecución penal por colusiones, podría ser necesario afinar y precisar aún más los criterios generales vertidos en la guía, lo que podría ocurrir en unos años más.

Comentario	Párrafo	Sección	Título	Texto	Comentario(s)
18	33	V	La facultad de interponer querella	"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 querella pueda resultar en una justa sentencia condenatoria, entendiéndose que solo en estos casos se hace efectiva la finalidad disuasoria de la intervención penal".	<p>1. "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 este tipo de decisiones: los juzgados de garantía del país y el Ministerio Público".</p> <p>2. "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".</p>

### Respuesta FNE:

**1 y 2.** Tratándose del deber de deducir querella, en principio la FNE ha de querellarse con independencia de las posibilidades de éxito que haya de tener la acción penal. En el caso de la querella de ejercicio facultativo, la historia de la ley N° 20.945 deja en claro que el legislador contempló las probabilidades de éxito de la acción penal como uno de los criterios que la FNE debe considerar al decidir si ejercerla (véase informe Awad *et. al*, pp. 45 y ss.). Al decidir si ejerce o no su facultad de interponer querella, la FNE deberá necesariamente sopesar si la querella avanza los fines institucionales que el legislador le ha encomendado resguardar, tales como la sanción y disuasión eficaz de aquellas conductas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia en los mercados. El criterio observado es, además, consistente con el hecho que la FNE solo puede dar curso a la instrucción de una investigación penal en calidad de querellante, excluyéndose expresamente la posibilidad de denuncia. Al asumir la posición de querellante, la FNE compromete recursos y corre el riesgo de desacreditar la sentencia contravencional si la acción penal no termina en condena.

Comentario	Párrafo	Sección	Título	Texto	Comentario(s)
19	N/A	N/A	No hace referencia a un párrafo específico de la Guía		<i>"Sugerimos, indicar los supuestos y alcances de la querella en relación con la delación compensada. Esto es, especificar si el beneficio de la delación compensada impide que la FNE presente querella en contra de quienes hayan recibido dicho beneficio. También es importante identificar la congruencia entre los requisitos para la obtención del beneficio de delación compensada y los requisitos para querellarse de la FNE".</i>

**Respuesta FNE:**

Se hace presente que la relación entre la presentación de la querella y la delación compensada se encuentra debidamente regulada en el artículo 63 del DL 211.

Comentario	Párrafo	Sección	Título	Texto	Comentario(s)
20	N/A	N/A	No hace referencia a un párrafo específico de la Guía		<i>Se recomienda considerar revisitar en un plazo razonable la Guía de manera de reflejar su aplicación práctica y las lecciones aprendidas.</i>

**Respuesta FNE:**

Se acoge lo señalado en los términos que dispone el nuevo párrafo 40: “*La Fiscalía 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 Fiscalía evacuará un informe a este respecto*”.