

Oficio N° 133 -2015

INFORME PROYECTO DE LEY 39-2015

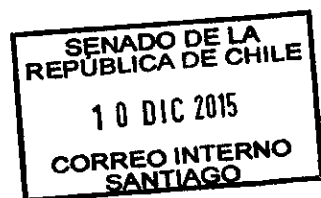
Antecedente: **Boletín N° 10.366-03.**

Santiago, 9 de diciembre de 2015.

Mediante oficio N° 265/SEC/15 de 3 de noviembre de 2015, el Presidente del Senado, señor Patricio Walker Prieto, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 77, incisos segundo y siguientes de la Constitución Política de la República, y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a la Corte Suprema el texto del proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, y otros cuerpos legales, en lo relativo al delito de colusión, para recabar su opinión, atendido a que el proyecto contiene normas que tienen relación con la organización y atribuciones de los tribunales de justicia (boletín N° 10.366-03).

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión del día 4 de diciembre en curso, presidida por el subrogante señor Milton Juica Arancibia y con la asistencia de los ministros señores Hugo Dolmestch Urrea, Patricio Valdés Aldunate, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Carlos Künsemüller Lobenfelder y Guillermo Silva Gundelach, señoras Rosa María Maggi Ducommun y Rosa Egnem Saldías, señor Ricardo Blanco Herrera, señora Gloria Ana Chevesich Ruiz, señor Carlos Aránguiz Zúñiga, señora Andrea Muñoz Sánchez, señores Manuel Valderrama Rebolledo y Jorge Dahm Oyarzún, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

**AL SEÑOR PRESIDENTE
PATRICIO WALKER PRIETO
H. SENADO
VALPARAÍSO**





PODER JUDICIAL
REPUBLICA DE CHILE
CORTE SUPREMA
TRIBUNAL PLENO

Santiago, nueve de diciembre de dos mil quince.

Visto y teniendo presente:

Primero: Que mediante Oficio N° 265/SEC/15 de 3 de noviembre de 2015, el Presidente del Senado, señor Patricio Walker Prieto, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 77, incisos segundo y siguientes de la Constitución Política de la República, y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a la Corte Suprema el texto del proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, y otros cuerpos legales, en lo relativo al delito de colusión, para recabar su opinión, atendido a que el proyecto contiene normas que tienen relación con la organización y atribuciones de los tribunales de justicia (boletín N° 10.366-03);

Segundo: Que la iniciativa en análisis se compone de dos artículos que modifican cuerpos legales vigentes.

En el artículo primero, que consta de tres numerales, se introducen modificaciones al Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973. A través de esos numerales, respectivamente, se varía la redacción de la letra c) del artículo 26; se agrega dos incisos finales nuevos al artículo 26 y se propone un artículo 26 bis nuevo.

El artículo segundo, también conformado por tres numerales, formula modificaciones al artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales, en cuanto estatuye casos en que los tribunales chilenos tienen jurisdicción para conocer crímenes y simples delitos cometidos en el territorio nacional;

Tercero: Que examinados los antecedentes a la luz de lo preceptuado en el artículo 77 de la Constitución Política de la República, se advierte que una parte de las normas del proyecto tratan de materias eminentemente sustantivas relativas a sanciones penales e infraccionales, las cuales no serán abordadas en estos párrafos, salvo reiterar lo ya expresado por esta Corte en informes anteriores en cuanto a la delación compensada en materia penal;

Cuarto: Que se establece una forma particular para determinar las penas al ponderar las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, en un artículo 26 bis nuevo que se introduce al texto del DL N° 211.

Se repite la observación a la ubicación de la propuesta en el DL N° 211 y no en el Código Penal, y se critica que se encuentre geográficamente entre el



PODER JUDICIAL
REPUBLICA DE CHILE
CORTE SUPREMA
TRIBUNAL PLENO

artículo que regula el contenido de la sentencia del procedimiento contencioso ante el TDLC y el que regula los recursos procedentes contra la sentencia, por lo que resulta desaconsejable desde un punto de vista sistemático;

Quinto: Que se propone modificar el artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales agregando un nuevo numeral. Al explicar el contenido del proyecto, se señala que esto tiene como fin someter a la jurisdicción chilena los delitos del DL N° 211 que hubieren sido perpetrados fuera del territorio de la República, y busca precaver la comisión de estas conductas que, aun cuando sean realizadas fuera de nuestro país, sus efectos anticompetitivos se verifiquen al interior de nuestras fronteras.

El Fiscal Nacional Económico manifestó durante la discusión en la Comisión de Economía, que *“la disposición no es necesaria”* por ser una materia resuelta *“(…) en el sentido que no importa dónde se fragua el cartel, lo que importa es ver los efectos.”* (Primer Informe de la Comisión de Economía del Senado, p. 17.), citando al efecto el caso de los compresores de refrigeradores, en que el cartel se hizo completamente fuera de Chile pero se sancionó en nuestro país en relación a sus efectos (TDLC, sentencia 122/2012, Causa Rol N° C-207-2010, considerando 3°, p. 16. Corte Suprema, Rol N° 5308-2012, considerando 2°, p. 14.).

Del estudio del caso señalado se concluye que efectivamente los tribunales chilenos tienen la potestad de conocer los atentados en contra de la libre competencia ejecutados o celebrados fuera del territorio nacional y que producen sus efectos en el país, por lo que no se necesitan modificaciones al respecto;

Sexto: Que sin embargo, respecto de la facultad de conocer los delitos penales que se introduce y atendido que los crímenes y simples delitos perpetrados fuera de Chile que quedan sometidos a la jurisdicción de los tribunales nacionales se encuentran establecidos en el artículo que se modifica, no resulta objetable la propuesta.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 18 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar en los términos precedentemente expuestos el proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del



Decreto Ley N° 211, de 1973, y otros cuerpos legales, en lo relativo al delito de colusión. Oficiese.

Se previene que el Presidente subrogante señor Juica y los ministros señores Pierry, Künsemüller, Aránguiz, Valderrama y Dahm, además, fueron de opinión de incluir en el informe requerido a esta Corte las siguientes consideraciones en torno a proyecto de ley que se revisa que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973 y otros cuerpos legales, en lo relativo al delito de colusión:

1ª) Que la moción propone modificar el límite máximo del monto de la multa que puede imponer el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia –en adelante TDLC- en la sentencia del procedimiento contencioso, reemplazando el tope de 30.000 UTA por “*el doble del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción*”.

Recientemente, la Corte Suprema informó sobre esta materia que “[e]l cambio propuesto en el límite de la multa administrativa en el límite superior resulta acorde con el objetivo de fijar sanciones efectivamente disuasivas que logren evitar que los agentes económicos tomen racionalmente la decisión de ejecutar prácticas o conductas anticompetitivas, haciendo un cálculo de costo beneficio frente a la infracción. Las sanciones por infringir la normativa que protege la libre competencia tienen como principales objetivos el castigo y la disuasión.¹ El sistema actualmente establecido en nuestro ordenamiento, que tiene como tope un monto fijo –aunque indexado en Unidades Tributarias Anuales- no se relaciona necesariamente con el daño causado al mercado, los consumidores, los otros agentes económicos, o las ganancias obtenidas con la conducta ilícita, por lo que resulta deseable establecer el monto de la multa en proporción al beneficio económico obtenido; sin perjuicio que el monto máximo de dicha multa –hasta el doble, el triple, etc.- es un tema de mérito que debe ser resuelto por el legislador.”²;

2ª) Que la regulación actual, con todas sus modificaciones al alza del monto de la multa no habrían logrado disuadir a los agentes económicos de

¹ La disuasión es el principal objetivo del enfoque económico, cfr. LIANOS, Ioannis, et. al. (2014): *An Optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Competition Law: a Comparative Analysis* (Centre for Law, Economics & Society, UCL Faculty of Laws), pp. 15 y ss., *The function of competition law enforcement* (cita en el original).

² Informe Proyecto de Ley 43-2015, Oficio N° 124-2015, Corte Suprema. Considerando 14º, p. 8.



realizar conductas anticompetitivas, especialmente las contenidas en la letra a) del artículo 3° del Decreto Ley N° 211.³

El análisis económico racional asume que las empresas buscan maximizar sus ganancias y se involucran en prácticas ilegales si los beneficios esperados con dichas prácticas son lo suficientemente altos en comparación con los costos esperados.⁴ Para lograr el objetivo de disuadir a potenciales infractores, el monto pecuniario de la sanción esperada juega un rol fundamental, pero el riesgo de una sanción probable lo suficientemente alta debe estar unido a una alta probabilidad de ser sorprendidos para lograr los efectos disuasorios buscados.⁵ El Premio Nobel de Economía, Gary Becker, afirma que los individuos propensos al riesgo son más disuadidos de delinquir por una alta probabilidad de ser condenados que por castigos severos.⁶

El aumento propuesto en el tope del máximo de la multa, unido la sanción penal que se busca establecer, aparecen en conjunto, como medidas adecuadas a lograr el objetivo disuasorio buscado;

3ª) Que se extraña una forma alternativa para calcular el monto de la multa, como la propuesta por el Ejecutivo en el boletín N° 9.950-03, que la fija en el 30% de las ventas del infractor correspondiente a la línea de productos o servicios asociados a la infracción durante el período que se haya extendido, fórmula adecuada ante una eventual dificultad de determinar con precisión el monto del beneficio que le ha reportado a los agentes coludidos su infracción *"(...) siendo atribución del TDLC determinar cuál de las dos fórmulas de calcular el monto de la sanción resultaría más adecuada a la conducta castigada."*⁷ Esto debiera fijarse como fórmula "subsidiaria" ante el evento justificado de no ser posible determinar -por falta de información o por la complejidad extrema en su cálculo- el monto del beneficio obtenido o del perjuicio provocado, *"dejando para el segundo el caso en que no pudiese darse el supuesto de hecho para su determinación -beneficio económico claramente determinado-."*⁸;

4ª) Que se reitera lo observado en el mismo informe sobre la determinación clara de las penas, así como lo relativo al mínimo de la multa: *"establecer el monto de la multa sólo en términos de límite y sin contemplar un*

³ A modo de ilustración estadística, al 30 de septiembre de este año, respecto del total de las conductas que conoce el TDLC en causas contenciosas, la colusión representa el 14% de las causas conocidas y el 20% de las causas juzgadas. Fuente: <http://www.tdlc.cl/tdlc/DocumentosMultiples/Contenciosas%20-%20Conductas.pdf>.

⁴ Traducción libre de LIANOS, op. cit., p. 19.

⁵ Traducción libre de LIANOS, op. cit., p. 20.

⁶ Traducción libre de BECKER, Gary (1993). *The Economic Way of Looking at Life* (University of Chicago Law School, Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 12), p. 8.

⁷ Informe Proyecto de Ley 43-2015, Oficio N° 124-2015, Corte Suprema. Considerando 14°, p. 8.

⁸ Informe Proyecto de Ley 43-2015, Oficio N° 124-2015, Corte Suprema. Considerando 14°, p. 8.



*mínimo podría resultar poco aconsejable, pudiendo resultar más adecuado establecer un rango para la determinación de la multa que parta en el equivalente al beneficio económico reportado, a fin de cumplir con el objetivo perseguido por la iniciativa: la disuasión.*⁹ Para desincentivar la existencia de carteles, los infractores deben tener la expectativa de que el crimen “no paga”,¹⁰ por lo que debieran, al menos, verse expuestos a perder la totalidad de las ganancias ilícitamente obtenidas;

5ª) Que el proyecto propone agregar dos incisos nuevos al artículo 26, reintroduciendo el delito penal de colusión en el Decreto Ley N° 211.

Como primera observación formal, la propuesta se aparta de la del Ejecutivo, que tipifica la colusión en un artículo 286 bis nuevo en el Código Penal. Esta técnica legislativa resulta cuestionable, el artículo 26 del DL N° 211 regula el contenido de la sentencia que dicta el TDLC en el procedimiento contencioso, por lo que los incisos que se agregan no tienen relación alguna con su contenido.

Resulta criticable además por varios motivos. Primero, si lo que se pretende es incorporar un nuevo delito penal resulta más acorde al sistema general de derecho penal incorporarlo como un artículo especial del Código Penal, o al menos como un artículo distinto al DL 211. Su inclusión en un artículo destinado a fines diversos resulta asistemática y genera confusiones interpretativas.

En segundo lugar, resulta político criminalmente controvertible en la medida en que se encuentra en tensión con los principios de proporcionalidad, legalidad (*lex certa*) y *non bis in ídem*. No instaura un tipo penal especial y diferenciado que resulte reconocible bajo el principio de tipicidad, limitándose a señalar que la infracción administrativa del artículo 3° del DL N° 211 contará, además, como ilícito penal. El derecho penal es de *última ratio*, y como tal, las conductas criminalizadas deben tener características especiales que las diferencien respecto de las infracciones que son ilícitos administrativos o de policía. De lo contrario, si lo que se pretende evitar es exactamente la misma conducta desde la perspectiva penal, lo adecuado sería derogar la infracción administrativa y mantener vigente la penal.¹¹

⁹ Informe Proyecto de Ley 43-2015, Oficio N° 124-2015, Corte Suprema. Considerando 14°, p. 9.

¹⁰ Traducción libre de LIANOS, op. cit., p. 22.

¹¹ Nótese a este respecto, que el proyecto del ejecutivo recientemente informado por el pleno, no posee este defecto, en la medida en que se tipifica a la colusión con requisitos específicos, claramente más intensos que el tipo administrativo infraccional.



En tercer lugar, en materia de autoría resulta inadecuado. Se señala que la pena se aplicará a *“los directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo, en cualquier grado de participación”*. Esta fórmula es poco feliz. Si se pretende instaurar un delito común (sin sujeto activo calificado), las referencias a “directores” y “administradores” son innecesarias. Si se pretende establecer un régimen diferenciado de responsabilidad, a propósito de los “directores” y los “administradores” (que responderían aunque no hayan intervenido en el acuerdo), a diferencia de otras personas (que sólo responderían “cuando hayan intervenido en la realización del acto respectivo”), la disposición podría infringir el principio de culpabilidad y arriesga su apego a la Constitución. Si se pretende establecer criterios diversos para sujetos calificados y comunes, fundados en deberes de vigilancia o control especiales mediante algún criterio especial de culpabilidad (que no siendo explícito podría construirse dogmáticamente), resulta inexplicable que sólo se incluya a directores y administradores y no a otros sujetos importantes, como representantes legales o agentes comerciales, por ejemplo;

6ª) Que el inciso final que se pretende introducir al artículo 26, configura como eximente de responsabilidad penal la delación compensada, estableciendo como requisitos el haber aportado a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de la conducta de colusión¹² y la determinación de los responsables. Además, para acceder al beneficio debe ser el primero de los participantes en la conducta que se delate, no ser el organizador de la misma “coaccionando a los demás a participar en ella”, y cumplir con los requisitos del artículo 39 bis.

Se reitera que *“(…) es destacable que se contemple la figura de la delación compensada también en materia penal, como única forma de otorgar efectividad a este medio en el establecimiento del ilícito infraccional, el que carecería de sentido en tanto no se contemplara una solución homologable en sede penal.”*¹³ Se observa como positivo el requisito de ser el primero de los infractores que se delate y no ser el organizador del cartel, pero resulta confusa la redacción, debiendo aclararse si el no haber coaccionado a los otros a participar en la conducta es un requisito copulativo con el de no ser el organizador, o si son requisitos separados. Se insiste en que sería deseable

¹² Del artículo 3º letra a) del Decreto Ley N° 211.



PODER JUDICIAL
REPUBLICA DE CHILE
CORTE SUPREMA
TRIBUNAL PLENO

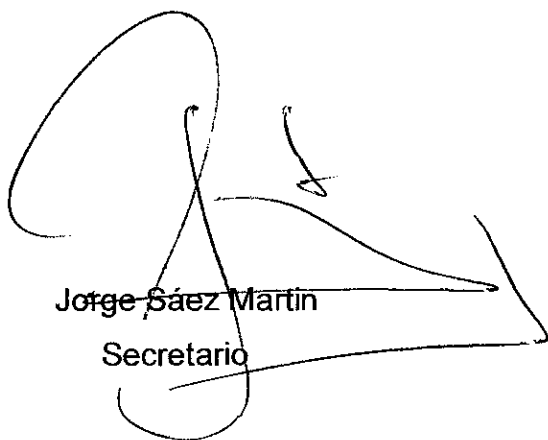
regular esta materia en el Código Penal, como lo hace la iniciativa del Ejecutivo, y se señala que sería recomendable precisar que esta eximente de responsabilidad penal opera sólo para este delito;

7ª) Que se advierte que se alteran las reglas de determinación de pena para esta clase de delitos, y promueve un sistema que restringe las facultades de los jueces. Se propone un sistema especial aplicable sólo a este delito, lo que implicará a su respecto –y al contrario de lo que sucede con el común de los ilícitos– que el juez no podrá bajar o aumentar el grado del marco jurídico aplicable a la pena en presencia de atenuantes o agravantes.

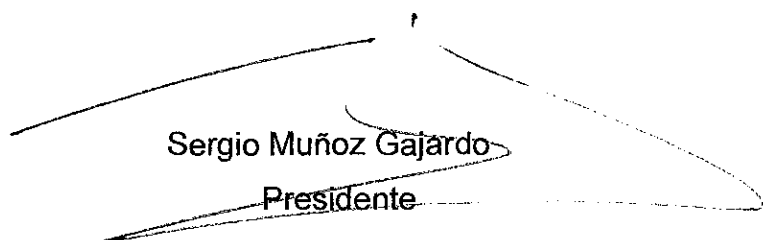
Esta propuesta, similar a otras recientes, es desaconsejable. Se debe tener en cuenta que parte importante de los criterios de proporcionalidad que pueden construirse en el actual Código Penal, se sustentan en la amplitud de acción que tienen los tribunales para imponer sanciones penales. Por lo mismo, como se ha señalado en otros informes, implica un riesgo importante para la proporcionalidad del sistema (especialmente en el considerando sexto de la prevención en el informe del Proyecto de Ley 35-2015, Oficio N° 102-2015).

PL-39-2015.-”.

Saluda atentamente a V.S.



Jorge Sáez Martín
Secretario



Sergio Muñoz Gajardo
Presidente