



La delación compensada en Chile, análisis de la normativa vigente.

Profesor Guía: Juan Ignacio Donoso Stegen.

Memorista: Leonardo Tobar Carrasco

Junio, 2017

I. INTRODUCCIÓN	3
II. ACUERDOS COLUSORIO	4
1. Acuerdos Colusorios	4
2. Gravedad de conducta para la competencia.....	6
3. Dificultades en su persecución	8
4. Posibles soluciones, las fuentes de la información.....	10
III. DELACIÓN COMPENSADA	13
1. Fundamentos	13
2. Delación Compensada.....	14
3. El origen: Corporate Leniency Policy	15
4. El modelo de EEUU.....	16
5. Delación compensada en la UE.....	19
6. Claves de un modelo exitoso.....	21
a) Sanciones severas.....	21
b) Temor de detección	24
c) Transparencia en su cumplimiento.....	25
d) Amnesty plus, cartel profiling y penalty plus.....	25
e) Configuración de un programa efectivo de delación compensada.....	26
IV. DELACIÓN COMPENSADA EN CHILE.....	28
1. Ley n° 20.361: introducción al ordenamiento chileno	28
2. Críticas a dicho sistema.....	31
a) Inexistencia de sanciones privativas de libertad.....	31
b) Cuantificación de las multas	32
c) Ausencia de un programa de delación compensada para individuos	32
d) El artículo 285 del Código Penal.....	33
3. Ley n° 20.945: perfeccionamiento del sistema	34
a) Criminalización	35
c) El artículo 285 del Código Penal.....	36
d) Programa individual de delación compensada	36
4. Procedimiento para optar al beneficio.....	37
a) Guía de 2009	38
b) Guía de 2017	40
V. CONCLUSIONES.....	43

I. INTRODUCCIÓN

La delación compensada o *leniency* puede ser definida como “un sistema de exoneración parcial o total de las penas que de lo contrario se aplicarían a un partícipe de un cartel a cambio de reportar su afiliación a un cartel y suministrar información o evidencia relacionada al cartel a la agencia de libre competencia que provee la amnistía.”¹ Esta herramienta fue introducida a nuestro ordenamiento jurídico el año 2009, con la ley 20.361 que reforma al DL 211 que regula la libre competencia.

En el presente trabajo plantearemos que no se trata solamente de un sistema más a elegir en la persecución de cárteles, sino que es la herramienta más eficaz a la hora de: desincentivar la ocurrencia de cárteles o acuerdos colusorios, de detectarlos en caso de su ocurrencia, y de servir de fuente de información necesaria para probar en juicio el acuerdo ilícito. Esto ha quedado de manifiesto en las jurisdicciones en que se comenzó a emplear, las cuáles son los Estados Unidos y la Unión Europea. Al respecto cabe destacar que desde su aparición en 1978 ha sufrido numerosas reformas en su configuración, las cuales han incidido positivamente en su efectividad, por lo tanto, plantearemos que no tan sólo es eficaz un sistema de libre competencia que cuente con delación compensada para perseguir cárteles, sino que uno que revista determinados caracteres y respete ciertos estándares, los cuales han sido establecidos por la experiencia práctica internacional.

Dichos estándares y características fueron las que condujeron a una revisión de la normativa chilena en la materia, y dieron lugar a la ley 20.945 de 2016, que reforma nuevamente el DL 211, esta vez, para perfeccionar el sistema establecido siete años antes. Dicha reforma repercutió en la normativa infralegal, cuya regulación fue igualmente revisada y modificada en búsqueda de una delación compensada eficaz.

Este trabajo no se hará cargo de regulaciones previas de delación compensada en otras materias, cómo la regulada en la persecución de delitos terroristas, y la que se contempla en delitos de tráfico de drogas y estupefacientes.

El resultado de esta investigación de término de grado se estructurará en tres partes, comenzando por el Capítulo II, que desarrolla qué son los cárteles, por qué se justifica su prohibición, y ya habiendo respondido esto, responderemos cuáles son los problemas que se suscitan a la hora de perseguirlos y cuáles son las soluciones posibles a estos. Continuando con el Capítulo III, en el que, asumiendo que la delación compensada se alza como una solución a los problemas planteados en el capítulo anterior, explicaremos sus fundamentos, origen, las modificaciones que le dieron la forma que reviste actualmente y las características de un sistema y un programa de delación compensada que quiera ser adjetivado de eficaz. Lo cual nos da el puntapié para iniciar el análisis de la delación compensada en Chile, en el Capítulo IV, tanto de su origen, como de las modificaciones al DL 211 y a su *Guía*.

¹ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, *Anti-cartel enforcement manual, Chapter 2 Drafting and implementing an effective leniency policy*, 2014, p. 4. [visible en internet: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf>]

II. ACUERDOS COLUSORIO

1. Acuerdos Colusorios

Cuando hablamos de actores en el mercado, hablamos de sujetos que actúan utilizando los factores productivos de que disponen para producir bienes, o distribuirlos. Cuando en la producción o distribución de un mismo bien existe más de un actor de mercado, dichos actores revisten el carácter de competidores, conclusión a la que se llega primeramente definiendo qué se entenderá por mercado relevante en el caso particular, lo cual permite determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde un punto de vista de la competencia. La definición de mercado tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva².

Puesto que se considera que los individuos responden a incentivos³, la competencia se materializa en la búsqueda de entregar el mejor precio y calidad de producto a los consumidores, situación que a la larga permite mantener, o inclusive aumentar la cuota de mercado que se ostenta.

Pero, más allá de simplemente competir, los actores de mercado pueden actuar colaborativamente, para lo cual generan acuerdos, que pueden ser inocuos y tener el objeto de emplear más eficientemente los recursos escasos, pero también pueden consistir en situaciones que no generan eficiencia alguna o que dichas eficiencias no compensan el daño al funcionamiento de los mercados y el bienestar de los consumidores; determinación que dependerá de si dichas conductas son encasillables dentro de los acuerdos prohibidos por el ordenamiento de la libre competencia, materia que se encuentra regulada en los dos primeros incisos y el literal a) del artículo 3º del DL 211 que reza:

“Artículo 3º.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan

²COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia* (97/C 372/03, 2003) apartado 2 [visible en internet: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:31997Y1209\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:31997Y1209(01))]

³MANKIW, N. GREGORY, *Principios de economía*, (2ª edición, traducción castellana de Mc Graw-Hill/Interamericana de España S. A. U., Madrid, Mc Graw-Hill, 2012) pp. 5-6.

en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.”

Los acuerdos horizontales o acuerdos colusorios se dan entre competidores de un mercado relevante previamente definido. Estos acuerdos pueden adoptar la más variada cantidad de formas, las cuales no inciden en la calificación del contenido del acuerdo, el cual es un atentado para la competencia. Se considera inclusive la posibilidad de sancionar acuerdos horizontales que se hayan fraguado mediante prácticas concertadas.

El término “acuerdo” se utiliza de una manera muy amplia, para evitar la evasión de la aplicación de la norma, siendo cualquier forma contractual, convencional, de meras tratativas, promesas, protocolos de entendimiento, pactos de caballero, entre otros⁴, es decir, cualquier forma verbal, o escrita, sea legalmente exigible o no. Teniendo presente que la norma, prohíbe los acuerdos tanto expresos como tácitos.

Son múltiples las formas en que los acuerdos entre competidores pueden afectar la competencia, pero se ha entendido que se agrupan entre aquellos que tienen un objeto anticompetitivo o ilegales per se, y aquellos que tienen efectos anticompetitivos o ilegales por la regla de la razón⁵.

Los acuerdos con un objeto anticompetitivo son también denominados *hardcore agreement*, *hardcore cartel* o cártel duro, y se caracterizan por generar efectos perniciosos para la competencia, y no generar eficiencias que compensen aquellos, se prohíben por su sola existencia.⁶ Esto tiene un importante efecto procesal, y es que la autoridad de libre competencia deberá probar sólo la existencia del acuerdo o práctica concertada, pero no probar sus efectos, por lo tanto se reserva la calificación de acuerdo duro o con objeto anticompetitivo a determinadas situaciones, que vienen fijadas en la ley con la modificación introducida por la Ley N° 20.945 de 30 de agosto de 2016.

El artículo 3° del DL 211 los contempla en su letra a), y son⁷:

- Fijación de precios
- Fijación de cantidades a producir.
- Reparto de mercados
- Manipulación de licitaciones

⁴ CORTE SUPREMA, Sentencia 145/2015, Requerimiento de la FNE contra la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros, rol N° C-265-13, considerando quinto.

⁵ FEDERAL TRADE COMMISSION Y U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, (2000), p. 7 [visible en internet: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf]

⁶ OECD, *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels*, (1998) pp. 2-3. [visible en internet: <https://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>]

⁷“(…) fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.”

- Determinación de condiciones de comercialización
- Exclusión de actuales o potenciales competidores.

El mismo artículo en su inciso segundo alude a los acuerdos con efectos anticompetitivos, al estatuir que:

“*Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos (...)*”.

Aquí si se ve obligada la FNE a probar dichos efectos los cuales deben tener un impacto negativo apreciable, real o probable, por lo menos en uno de los parámetros de la competencia del mercado, tales como el precio, la producción, la calidad de los productos, la variedad de productos y la innovación⁸.

2. Gravedad de conducta para la competencia.

“Los *hardcore cartels* son las violaciones más flagrantes a la libre competencia”⁹, así es como comienza el Consejo de la OECD su *Recomendación relativa a una acción efectiva contra los cárteles duros* de 1998. Dicha frase refleja la concepción que se ha tenido en las últimas décadas de los *hardcore cartels*, los cuales se caracterizan como ilícitos de una gravedad mayor frente a otras conductas anticompetitivas, como podría ser por ejemplo el abuso de posición dominante, o los acuerdos verticales.

Dicha mayor gravedad se encuentra determinada por sus efectos adversos a las economías de libre mercado, pues los cárteles inflan los precios, restringen la oferta, inhiben la eficiencia y reducen la innovación¹⁰. Lo cual además del menoscabo para la economía en su conjunto, genera perjuicios, por un lado, a los demás competidores o posibles competidores, constituyendo barreras de entrada¹¹, y por otro lado, a los consumidores, haciendo que bienes y servicios sean completamente inasequible para algunos, o innecesariamente costosos para otros.¹²

Pese a que actualmente se sobreentiende la necesidad de prohibir las conductas colusorias¹³, a lo largo de la historia no han representado una grave, ni mucho menos rara situación en el funcionamiento de los mercados. Se estima que en el período que va de 1929 a 1937, aproximadamente el 40% del comercio internacional se componía de cárteles.¹⁴ Esto por el hecho de que no existía una conciencia sobre sus graves efectos

⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*, (Diario Oficial N C011 de 14 de enero de 2011), apartado 27.

⁹ OECD, cit. (n. 6) p. 1.

¹⁰ PATE, R. HEWITT, *Anti-cartel enforcement: the core antitrust mission*, (Londres, 2003), pp. 1-2. [visible en internet: <https://www.justice.gov/atr/speech/anti-cartel-enforcement-core-antitrust-mission>]

¹¹ LEVENSTEIN, MARGARET Y SUSLOW, VALERIE, *Private international cartels and their effect on developing countries*, (2001), 3.

¹² OECD, cit- (n. 6) p. 1.

¹³ PATE, R. HEWITT cit. (n. 7), p. 1.

¹⁴ NUSSBAUM, HELGA, *International Cartels and Multinational Enterprises*, en TEICHOVA, ALICE,

perniciosos para la economía, *contrario sensu*, se señalaba en el periodo de entreguerras, que pese a que los cárteles son conocidos por causar daño económico, debía realizarse un esfuerzo por concretarlos, en términos generales, por razones políticas, pues ellos ayudarían a suavizar las dificultades económicas creadas o intensificadas por la guerra o a mitigar condiciones no saludables en los países individuales y en el mundo.¹⁵ Comentarios que representan la opinión en aquella época, en la cual pese a que nos llame poderosamente la atención, los cárteles eran tolerados e incluso alentados.¹⁶

La situación comienza a cambiar luego de la Segunda Guerra Mundial, con la conformación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (“CECA”), órgano predecesor de la Unión Europea (“UE”), el cual propugnaba la cooperación entre productores como una herramienta de estabilidad política, dichos objetivos no fueron recogidos por la UE, pues en su constitución se estatuyó como mecanismo para lograr la integración de los distintos mercados nacionales, la competencia.¹⁷

En la actualidad la economía se encuentra más interconectada que nunca, por lo tanto, existe el temor de que la conducta que se da en una jurisdicción, pueda afectar la libre competencia y los consumidores de otras partes del mundo¹⁸, sumado a esto se plantea el problema de los cárteles internacionales, que son aquellos compuestos de empresas de más de un país¹⁹.

Respecto a la interconexión planteada, y trayendo a colación la realidad de la economía de Chile, es necesario destacar que no son menores los efectos que se producen para los países en vías de desarrollo como el nuestro, como botón de muestra podemos señalar que los sobrepagos pagados por consumidores latinoamericanos fueron de al menos US\$ 35 mil millones en el periodo que media entre 1990 y 2007; además más de 4000 empresas (56 de las cuales tienen sus sedes en Latinoamérica) han sido condenadas por acuerdos de fijación de precios a nivel internacional, de las cuales, más de 200 son reincidentes.²⁰ Dichas cifras se traducirían en un efecto adverso para el comercio, la balanza comercial y el consumo de los países en desarrollo.²¹

Cabe destacar que dicha estimación podría ser incluso superior, por las dificultades a la hora de cuantificar el impacto de los cárteles en los ingresos de los países en desarrollo, debidas a la clandestinidad bajo la que operan los cárteles y la falta de persecución de dichos ilícitos por los países en desarrollo y por la falta, en general, de datos sobre transacciones individuales que pudieran haber sido influenciados por la existencia de un cártel.²²

LEVY-LEBOYER, MAURICE, Y NUSSBAUM, HELGA (editores), *Multinational Enterprises in Historical Perspective* (Nueva York, Cambridge University, 1986) p. 134.

¹⁵LIEFMANN ROBERT, *International Cartels*, en *Harvard Business Review* 5 (1927) pp. 129-147.

¹⁶LEVENSTEIN, MARGARET Y SUSLOW, VALERIE, *International cartels*, en AMERICAN BAR ASSOCIATION (editor) *Issues in competition law and policy* (2008), p. 1108.

¹⁷LEVENSTEIN, MARGARET Y SUSLOW, VALERIE, *International*, cit. (n. 16) p. 1108

¹⁸BAER, BILL *International antitrust enforcement: progress made; work to be done*, (Nueva York, 2014), p. 4 [visible en internet: <https://www.justice.gov/atr/speech/international-antitrust-enforcement-progress-made-work-be-done>].

¹⁹LEVENSTEIN, MARGARET Y SUSLOW, VALERIE, *International*, cit. (n. 16), p. 1107

²⁰CONNOR, JOHN, *Latin American cartel control*, en *American Antitrust* 15 (Oxford: Hart Publishing, 2009), Oxford: Hart Publishing. pp. 291-324

²¹LEVENSTEIN, MARGARET Y SUSLOW, VALERIE, *Private*, cit. (n. 11) p. 12-13.

²²LEVENSTEIN, MARGARET Y SUSLOW, VALERIE, *Private*, cit. (n. 11) p. 12-13.

Todas estas ideas han conducido al planteamiento de que la aplicación de la ley anti cárteles debería ser una prioridad para todas las agencias de libre competencia.²³

3. Dificultades en su persecución.

Ya habiendo determinado la gravedad de la ocurrencia de los acuerdos colusorios, podemos avocarnos a las dificultades que se suscitan a propósito de su persecución, para lo cual podemos señalar que el principal de ellos, radica en su detección, pues no es un comportamiento que sea observable directamente por los consumidores o agencias fiscalizadoras, ni siempre se puede distinguir de un comportamiento competitivo²⁴. Por ejemplo, un alza en los precios de venta puede deberse tanto a comportamientos lícitos, como la consecuencia del encarecimiento de los costes de producción, como a uno ilícito, un acuerdo de fijación de precios.

Sumado a esto, está la forma en la que operan los cárteles, el cual por regla general es bajo la clandestinidad²⁵, para lo cual realizan reuniones en lugares secretos, usan nombres en clave, eliminan la evidencia posterior a sus reuniones, e incluso, utilizan instancias completamente legales para encubrir sus reuniones, como por ejemplo, reuniones gremiales.²⁶ En la medida que los acuerdos colusorios sean de difícil detección, será difícil iniciar investigaciones sobre estas materias.

Bien salvado este problema y ya iniciada una investigación, se suscita otro inconveniente, el que surge a propósito de la prueba de la colusión²⁷. Como punto de partida, tenemos que hacer una distinción, que atañe a la evidencia que se puede recabar en una investigación de esta índole, la cual puede clasificarse en evidencia dura y evidencia circunstancial. Pese a que sus nombres hablan por sí solos, podemos señalar que la primera corresponde a pruebas materiales, como documentos, minutas, grabaciones, correos electrónicos que muestran claramente que ha existido comunicación directa entre empresas para acordar precios o repartirse el mercado²⁸. En cambio, la segunda, emplea el comportamiento comercial de las firmas en el mercado, el cual se presume, se explicaría solamente por un acuerdo explícito entre las firmas.²⁹

El problema radica en que ambos tipos de evidencia no serán apreciados de igual forma por el juez, quien dará prioridad a la evidencia que constata con mayor certeza que el resultado económico se debió a un comportamiento colusivo y no a uno competitivo, es decir, por

²³PATE, R. HEWITT, cit (n. 10), p. 1.

²⁴TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, *La libre competencia en el Chile del bicentenario*, (Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2011) p. 148.

²⁵ Siendo de excepción, casos como el de Transportes Central y otros, quienes suscribieron en un instrumento público y ante un ministro de fe, un acuerdo de fijación de precios. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, sentencia n°94/2010, vistos 1-1.1.

²⁶ HAMMOND, SCOTT, *Caught in the act: inside an international cartel*, (Paris, 2005), pp. 2-3. [visible en internet: <https://www.justice.gov/atr/speech/caught-act-inside-international-cartel>]

²⁷ Esto se explicita en la regulación de delación compensada de la Unión Europea. COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel*, (OJ C 298, 8.12.2006, p. 17-22), punto 3, [visible en internet: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52006XC1208\(04\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52006XC1208(04))]

²⁸TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, *La libre*, cit. (n. 24) pp. 148-149.

²⁹TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, *La libre*, cit. (n. 24) p. 149.

regla general, preferirá sancionar en base a evidencia dura. Así lo ha expresado la Corte Suprema (“CS”), conociendo del recurso de reclamación, el cual corresponde frente a las sentencias del TDLC:

“Que, revisado detenidamente el proceso, en concepto de esta Corte no existe prueba concluyente de la supuesta colusión que se les atribuye a las denunciadas, puesto que los únicos indicios que consideran los sentenciadores son dos: a) la supuesta simultaneidad en el cobro; b) la similitud de precios cobrados por las distintas agencias requeridas. Sin embargo, el acto colusorio necesariamente requiere de dos elementos para configurarse: la voluntad de los partícipes y la decisión conjunta de adoptar la práctica viciosa, condiciones ambas cuya existencia no puede tenerse por demostrada por la simple concurrencia de las circunstancias ya señaladas (simultaneidad y homogeneidad de precios);”³⁰.

Dichos argumentos fundamentaron la decisión de la CS para acoger el recurso, dejando sin efecto las multas impuestas en sede de libre competencia a Ultramar Agencias Marítimas S.A. y otros.

Otro caso en el que una sentencia del TDLC condena en base a evidencia circunstancial, y es dejado sin efecto por la Suprema es el dictado en el caso “Oxígenos”, en el cuál se razona que: “(...) aún cuando se estimara que efectivamente a todas las empresas les convenía que el proceso de licitación fracasara, ello por sí solo, desde luego no comprueba que existió, entonces, una colusión de éstas para lograrlo. Tampoco es posible desprenderlo de las conductas desplegadas por las empresas, desde que es perfectamente posible, como lo señalaron al formular sus descargos, que ello obedeciera a una estrategia (...) estrategia que adoptarían para poder ganar la licitación de autos, lo que desde luego no es compatible con la supuesta colusión por la que se las requiere”³¹

Un tercer ejemplo de la opinión del máximo tribunal acerca de la evidencia circunstancial es posible de ser constatado en el caso “Isapres”, esta vez rechazando por voto mayoritario el recurso de reclamación promovido por la FNE en contra de la sentencia del TDLC que no acoge sus pretensiones sancionatorias. En el considerando 12º, la Corte señala que: “los medios de prueba agregados al proceso son insuficientes para demostrar la existencia de la colusión imputada por la Fiscalía Nacional Económica a las Isapres requeridas”³², dichos medios de prueba corresponden a antecedentes vinculados al comportamiento del gasto real en publicidad y en remuneraciones del personal de ventas.³³

Concluye su razonamiento la Suprema señalando que: “(...) de esta manera, aparece con nitidez que la prueba de presunciones con que se pretende demostrar la existencia de la colusión de que se trata, no es directa puesto que el hecho a que se refiere puede ser explicado por diversas razones. Sin embargo, para que la probanza en cuestión pueda producir pleno valor probatorio, es menester que reúna la indicada exigencia de ser

³⁰ CORTE SUPREMA, sentencia 3395/2006, considerando 10º.

³¹ CORTE SUPREMA, sentencia 5057/2006, considerando 14º.

³² CORTE SUPREMA, sentencia 4052/2007, considerando 12º voto de mayoría.

³³ CORTE SUPREMA, sentencia 4052/2007, considerando 10º voto de mayoría.

directa, y como ello no sucede en la especie, forzoso es concluir que resulta inhábil para demostrar la mentada concertación.”³⁴

Si bien el razonamiento recién transcrito alude nuevamente a la necesidad de ser presentada en juicio evidencia directa sobre la conducta colusoria, esto no fue compartido por la disidencia, quienes no adhieren a la mayoría, ellos plantean que: “(...) el requisito de acuerdo o prácticas concertadas entre agentes económicos puede ser acreditado por prueba directa o indirecta conforme lo establece el artículo 22 inciso segundo del Decreto Ley N° 211, todo lo cual guarda relación con la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica establecido en el inciso final del artículo mencionado”.³⁵

La aludida disposición, actual inciso tercero del mismo artículo, señala en su primera parte:

“Serán admisibles los medios de prueba indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil y todo indicio o antecedente que, en concepto del Tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes.” La disposición permite la presentación de indicios o antecedentes, siempre y cuando tengan aptitud para probar los hechos objeto de la prueba, aptitud que queda entregada a apreciación del tribunal. Por lo tanto, el parecer legislativo pareciera diferir del jurisprudencial.

Si bien no lo alude la Suprema en sus fundamentaciones, la repugnancia por la evidencia circunstancial tiene un trasfondo económico, el cual consiste en evitar el problema de los falsos positivos, es decir, el error consistente en sancionar a empresas que no han cometido el acto ilícito investigado. La ocurrencia de dicho error puede ser grave, y generar el efecto contrario al perseguido por la normativa de libre competencia, el afectar negativamente el comportamiento de mercados que operan de forma competitiva, al dar una señal de alerta de posibles sanciones a quien actúa dentro de los márgenes de la ley.³⁶

4. Posibles soluciones, las fuentes de la información.

Como expresamos más arriba, para poder imponer penas o perseguir la imposición de penas por violaciones a la libre competencia, las autoridades encargadas necesitan el conocimiento de la existencia de aquellas violaciones para iniciar una investigación, y evidencia suficiente para que las sanciones sean aplicadas por el Tribunal.

Para lo cual, las autoridades pueden valerse de tres posibles fuentes. La primera, es su propio monitoreo de los mercados, observando información públicamente disponible, y posiblemente usando análisis económico de esa información, los más comunes son denominados *screenings*, y consisten básicamente en una prueba estadística diseñada para identificar si existe colusión, quienes y cuándo ha ocurrido esta.³⁷ Particularmente respecto de cárteles, esta primera fuente no reviste mucha importancia práctica. Podemos afirmar que sería principalmente un método para recabar evidencia circunstancial, lo cual

³⁴CORTE SUPREMA, sentencia 4052/2007, considerando 15° voto de mayoría.

³⁵CORTE SUPREMA, sentencia 4052/2007, considerando octavo, voto de minoría.

³⁶ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, *La libre*, cit (n. 24) pp. 149-152.

³⁷ ABRANTES-METZ, ROSA M, *Screening, LIBOR & ex officio cartel investigations*, (París, 2013) pp. 2-3.

[visible en internet:

<https://www.oecd.org/daf/competition/RosaAbrantesMetzCompetitionCommitteeOct13.pdf>]

conllevaría los efectos mencionados más arriba.³⁸ Dicho análisis puede venir de investigaciones propias de la agencia en cuestión, pero también puede derivar del monitoreo o investigación de otras agencias, pudiendo ser de la misma jurisdicción, las cuales se encarguen de regular o fiscalizar materias afines a la libre competencia, como sería una agencia fiscalizadora de bancos, de mercado de valores, de impuestos o en general encargada de fiscalizar cualquier mercado regulado. Pudiendo además ser de otra jurisdicción, con la cual se pueden efectuar inspecciones simultaneas, intercambio de información que puede venir del monitoreo propio o de las demás fuentes de información que pasaremos a desarrollar.³⁹ Elementos presentes en el DL 211, el cuál habilita al Fiscal a solicitar la colaboración de cualquier funcionario u organismo, requerirles antecedentes, celebrar convenios o memorándums de entendimiento y convenir la transferencia electrónica de información.⁴⁰

La segunda fuente a la que pueden recurrir son los terceros. Clientes o competidores que al verse dañados por ilícitos anticompetitivos concurren a proveer información a la autoridad, de manera voluntaria, e inclusive movidos por deseos de venganza.⁴¹ Las denuncias, aparejadas de indicios investigativos, no son una situación inusual en la investigación anti colusoria, cabe señalar como ejemplos chilenos: la denuncia de la alcaldesa de la Ilustre Municipalidad de Caldera, que deparó en un requerimiento de la FNE en contra de tres empresas de transporte público rural⁴²; la demanda de cuatro pescadores artesanales en contra de un gremio pesquero;⁴³ y la Asociación de Exportadores de Chile A. G. con su denuncia de colusión en la industria naviera.⁴⁴ Ejemplos que terminaron en condenas en sede de libre competencia.

La tercera, y usualmente mejor, fuente de información son las empresas e individuos que cometieron el ilícito por su cuenta. Habiendo esencialmente tres formas en que las autoridades de libre competencia pueden obtener información de las empresas e individuos que han cometido ilícitos de libre competencia: fuerza directa, coacción y delación compensada. Respecto de la primera, se puede ejercer mediante fuerza física directa o intrusión encubierta consistente en diligencias investigativas intrusivas o *dawn raids* en los locales comerciales, inspecciones en los hogares privados, vigilancia directa, o el uso de agentes encubiertos.⁴⁵ Facultades que les fueron incorporadas al ordenamiento chileno el 2009 mediante la ley n° 20.361, la cual le confiere al FNE la posibilidad de solicitar autorización para efectuar: la entrada a recintos públicos o privados, registro e incautación

³⁸WOUTER P.J. WILS, *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice* en *World Competition: Law and Economics Review*, 30 (s. 1., 2007) 1, pp. 19-22.

³⁹ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, *Catalogue of investigative powers for cartel investigation*, pp. 3-4. [visible en internet: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1097.pdf>]

⁴⁰ Facultades entregadas al Fiscal Nacional Económico en el artículo 39 letras f), g), l) y m) del DFL n°1 de 2004 del Ministerio de Economía.

⁴¹WOUTER P.J. WILS, *Leniency*, cit. (n.38) p. 19-22

⁴² TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Sentencia 137/2014, vistos 1.1-1.2

⁴³ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Sentencia 135/2014 vistos 1-1.2.

⁴⁴ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Sentencia 48/2007, vistos 1.

⁴⁵WOUTER P.J. WILS, *Leniency*, cit. (n. 38), p. 19-22

de objetos y documentos, interceptación de comunicaciones, entrega de copias y registros de comunicaciones.⁴⁶

Respecto del uso de la coacción, esta debe ir revestida de la amenaza de sanciones por rehusarse a cooperar. Este método, supera por un lado la dificultad de encontrar la información que estará muy bien escondida por el infractor, y por otro, supera el problema de los costos elevados asociados a dichas búsquedas exhaustivas vinculadas a las medidas intrusivas. Pero hay más inconvenientes, uno que está tanto presente en el uso de *dawn raids* como en el uso de la coacción, es la necesidad de tener un cierto grado de información previa o indicios, otro que se da a propósito del uso de la coacción, es la falta de confianza que se tiene sobre la información obtenida de tal forma, la cual es producto de: las respuestas evasivas de interrogados astutos, o de autoincriminaciones falsas generadas por preguntas confusas, largos interrogatorios y posibles presiones físicas o psicológicas.⁴⁷ En el ordenamiento chileno se amenaza con sanciones penales a quienes oculten información o proporcionen información falsa a propósito de solicitudes de información de la FNE.⁴⁸

La tercera forma implica la voluntariedad de la entrega de información. La cuál no será fundamentada necesariamente en un afán de hacer lo correcto, pues al cumplirse determinados requisitos se eximirá o reducirán las sanciones por la perpetración de dicho ilícito. Respecto de sus ventajas: al igual que la coacción, la delación compensada es un mecanismo menos costoso que el uso de medidas intrusivas, pues la actividad de recolección es realizada por la firma y sus miembros; además permite obtener todo tipo de información, ya sean documentos, evidencia física o declaraciones; y por último, permite superar el problema de fe que otorgan las declaraciones obtenidas mediante coacción, ya que los postulantes a ella arriesgan perder el beneficio si proveen información engañosa.⁴⁹

Pero es importante señalar que la delación compensada no es un sustituto de los *screenings*, cooperación de terceros, *dawn raids* o coacción, sino que es su complemento. Pues sólo funcionará en la medida en que las empresas miembro del cártel sientan temor de ser perseguidas por la agencia. Ya que, de no sentir dicha presión, no arriesgarán la posibilidad de ver perseguida su responsabilidad civil, la cual por regla general no es cubierta por la eximición del beneficio de delación compensada.⁵⁰ Por lo tanto valdrá la pena entregar los estímulos necesarios para que este importante complemento investigativo, que se encuentra en la ley chilena desde 2009⁵¹, cumpla con las expectativas.

⁴⁶ Artículo 39 letras n), n.1), n.2), n.3) y n.4) del DFL n°1 de 2004 del Ministerio de Economía.

⁴⁷ WOUTER P.J. WILS, *Leniency*, cit. (n. 38), p. 19-22

⁴⁸ Debiendo en tal caso además probarse que se realizó con el fin de dificultar, desviar, o eludir el ejercicio de las atribuciones de la FNE, artículo 39 letra h

⁴⁹ WOUTER P.J. WILS, *Leniency*, cit (n. 38), p. 19-22

⁵⁰ SCHINKEL, MAARTEN PIETER, *Balancing proactive and reactive detection tools: some observations on OECD Ex officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels*, (2013) p. 258. [visible en internet: <http://www.oecd.org/daf/competition/exofficio-cartel-investigation-2013.pdf>]

⁵¹ En el artículo 1° n°18 de la ley n° 20.361, que “*modifica el decreto con fuerza de ley n°1 del Ministerio de Economía, fomento y reconstrucción, de 2005, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*”, el cual introduce el artículo 39 bis al DL 211.

III. DELACIÓN COMPENSADA

1. Fundamentos.

Si bien al usar el término “delación compensada”, estamos acotando su concepto a una situación muy particular, a la obtención de información y evidencia sobre ocurrencia de ilícitos en contra de la libre competencia a cambio de inmunidad o rebaja de las sanciones. Es dable señalar que el concepto de compensar a quien coopera con la autoridad, traicionando a sus aliados se viene dando desde antiguo. El *divide et impera*, estrategia de guerra y política atribuida a personajes desde Julio Cesar⁵² a Vladimir Putin⁵³.

Dejando a un lado dichas menciones extrajurídicas, podemos afirmar que en el mundo del Derecho, uno de los más notables usos históricos de la delación compensada, y por lo tanto al principio del *divide et impera* ha sido el uso dado por los Estados Unidos e Italia en la lucha contra la Mafia Siciliana, y el que actualmente se usa en crímenes relacionados al tráfico de drogas⁵⁴. Aunque, para la generalidad de los delitos, es empleada en Estados Unidos, mediante las *plea bargains*, o petición de rebaja de condena, que se suscitan con posterioridad a la detección del ilícito, como un intercambio de trato más clemente por el auto reporte o entrega de información y/o evidencia. Cabe destacar que dichas peticiones de rebaja de condena son típicamente decididas caso a caso, crimen a crimen⁵⁵, sin mediar un programa prefijado o criterios para su aplicación.

El fundamento ya no político, sino mas bien matemático de la delación compensada, lo podemos hallar en el planteamiento del Dilema del prisionero, de Albert W. Tucker⁵⁶. Dicho planteamiento consistente en un juego en el cual dos jugadores eligen entre “cooperar” o “desertar” y en el cual el mejor resultado para los jugadores, considerados como un par no es el mejor considerados como individuos.⁵⁷

El modelo es el siguiente: dos “prisioneros” han cometido conjuntamente un crimen, pero acordaron de antemano que si son atrapados, ninguno admitirá su participación. El fiscal intenta atraer a cada uno de ellos con un trato: "Si confiesas (deserción del acuerdo original) y tu pareja no lo hace, saldrás libre, pero tu pareja tendrá 5 años de cárcel. Si ambos confiesan, cumplirán 3 años en la cárcel cada uno. Si ambos persisten en negar la participación, los voy a encerrar por un año.⁵⁸

El dilema, es que independientemente de lo que el otro elija, cada “prisionero” es, desde un punto de vista de interés propio, preferente a confesar, sin embargo si ambos se abstienen de hacerlo, cada uno saldrá con menos tiempo en prisión (un año cada uno) que si ambos lo

⁵²SPAGNOLO, GIANCARLO, *Divide et impera: optimal leniency programs* (s.l., 2004) p.2.

⁵³ RIZZI, ANDERA, *La estrategia de Putin: divide y vencerás*, en *El País* de 20.1.2017, [visible en internet: http://internacional.elpais.com/internacional/2017/01/20/actualidad/1484936281_137801.html]

⁵⁴SPAGNOLO, GIANCARLO, *Divide*, cit. (n. 52) p. 3.

⁵⁵SPAGNOLO, GIANCARLO, *Leniency and whistleblowers in antitrust* (s.l., 2006), p. 6.

⁵⁶ El cuál es una versión con sentencias de prisión de la idea diseñada por Merrill Flood y Melvin Dresher en 1950.

⁵⁷ FIELD, ALEXANDER J., *Prologue: the world's first prisoner's dilemma experiment*, en *Altruistically Inclined* (s.l., 2001) p. 1.

⁵⁸ FIELD, ALEXANDER J., cit. (n. 57), p. 2.

hacen (tres años cada uno). No confesar, sin embargo, expone a un jugador al riesgo de una condena más larga (cinco años). Por otra parte, si un jugador cree que su contraparte no confesará, puede ser tentado por el deseo de acabar libre, y por lo tanto deserte, a expensas de la contraparte.⁵⁹

Un cártel estable requiere de confianza entre sus miembros para solucionar el dilema del prisionero que se da en la sola existencia de la estructura ilícita, dicha confianza se fundamenta en la transparencia, interacciones anteriores, reputación, costos-beneficios, y aversión al riesgo. El derecho de la libre competencia puede socavar muchos de esos factores, y por lo tanto socavar la confianza entre los miembros del cartel.⁶⁰ La delación compensada añade un segundo dilema del prisionero al ya existente por lo tanto el cártel puede verse desmantelado por haber dos formas de que un miembro deserte del cártel: engañándolo, vendiendo más que lo asignado a él y/o confesando al Estado.⁶¹

El otro modelo matemático al que se le atribuye fuente de inspiración del modelo de delación compensada es el planteado por Gary Becker en *Crime and punishment: an economic approach*, en él, se busca la respuesta a la pregunta: “¿cuántos recursos y cuánto castigo debería ser empleado para el cumplimiento de diferentes tipos de leyes?”⁶² Para lo cual el autor realiza un análisis en el que toma como base el hecho de que las personas cometen un delito si las utilidades que espera le reporten, exceden las utilidades que el obtendría usando su tiempo y recursos en otras actividades.⁶³ Por lo que uno podría concluir que le es eficiente a la sociedad, ubicar los recursos escasos de que cuenta, no castigando a un infractor, pero deteniendo la infracción, aprovechando el estímulo económico tras sus decisiones, tal cual como opera la delación compensada.

2. Delación Compensada

El término “delación compensada” es el elegido en 2006 por el Ejecutivo al iniciar mediante Mensaje Presidencial la tramitación de la Ley n° 20.361, que introducía la figura jurídica en presente estudio. Por lo tanto consideramos que dicho nombre es el que corresponde utilizar en nuestro país. Lo cual no obsta el empleo a modo de sinónimos, términos como: “clemencia”, que es el vocablo utilizado en el derecho español⁶⁴, “*leniency*”, que es el término originalmente usado por la primera de estas regulaciones, la de EEUU. Términos que a propósito de este trabajo son empleados indistintamente.

Una sencilla y completa aproximación conceptual a lo que es la delación compensada nos la entrega Wouter P.J. Wils, que la define como “la concesión de la inmunidad de las penas o la reducción de las penas para las violaciones de la competencia a cambio de la cooperación con las autoridades de defensa de la competencia”⁶⁵

⁵⁹FIELD, ALEXANDER J., cit. (n. 57), p. 2.

⁶⁰LESLIE, CHRISTOPHER R., *Trust, distrust and antitrust*, en *Texas Law Review*, 82 (2004) 3 p. 622.

⁶¹LESLIE, CHRISTOPHER R., cit. (n. 60), p. 638.

⁶²BECKER, GARY, *Crime and punishment: an economic approach* en BECKER, GARY Y LANDES, WILLIAM M (editores) *Essays in the Economics of Crime and Punishment* (s.l., 1974) p. 2.

⁶³BECKER, GARY, cit. (n. 62) pp. 9-10.

⁶⁴ Así en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, Preámbulo II y Disposición final segunda número 2. Disponible en <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>.

⁶⁵WILS, WOUTER P.J., *Leniency*, cit. (n. 38) p. 4.

También resulta esquemática la que definición planteada por el International Competition Network, quienes señalan que consiste en “un sistema de exoneración parcial o total de las penas que de lo contrario se aplicarían a un partícipe de un cartel a cambio de reportar su afiliación a un cartel y suministrar información o evidencia relacionada al cartel a la agencia de libre competencia que provee la amnistía.”⁶⁶

La segunda pareciera ser un poco más completa, en cuanto señala en qué consiste la cooperación con las autoridades, la cual consiste en reportar una conducta propia, la afiliación a un cartel, lo cual significa: en primer lugar la denuncia o *notitia criminis* de un hecho ilícito, la perpetración de un ilícito en contra de la libre competencia; en segundo lugar, significa en algunos casos⁶⁷, la admisión de la participación propia en un ilícito; y en tercer lugar, y no por eso menos importante, implica la necesaria delación de los demás miembros del cartel. Todo lo dicho se efectúa materialmente mediante la entrega de información y/o evidencia de la violación a la libre competencia.

En cuanto a las penas que se renuncian o reducen, pueden ser de cualquier tipo que puedan ser impuestas o perseguidas por la autoridad antimonopolio en la respectiva jurisdicción: multas en empresas, multas en individuos, descalificación de directores y/o prisión⁶⁸.

Para diferenciar la delación compensada en libre competencia de las que puedan darse en otros ámbitos, se pueden señalar tres características que la hacen especial, el hecho de poder ser practicada “ex ante”, el ser “general” y ser “pública”.⁶⁹

Es “ex ante” porque puede ser dirigida a malhechores que no han sido identificados o detectados, motivándolos a auto reportarse. Al hacer esto, las políticas de delación compensada actúan antes de la etapa de detección y persecución, y no sólo luego de la detección y que la persecución haya comenzado, como en los *plea bargains*. Es “general” en el sentido de que se aplican de forma anónima, a cualquiera que se encuentre en una situación determinada y se comporte o pueda pensar en comportarse de alguna manera. Lo que permite reducir incertezas y discrecionalidad. Es “pública” en el sentido de que adopta la forma de políticas codificadas, automáticas (por tanto, previsibles) y publicitadas tanto en la comunidad legal como empresarial⁷⁰.

3. El origen: Corporate Leniency Policy

Ya habiendo señalado el origen de la idea genérica detrás de la figura en comento, y el concepto de ella, toca hablar sobre el origen de la delación compensada en materia de Libre Competencia.

La primera regulación de esta figura fue llevada a cabo por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (“DoJ” por sus siglas en inglés⁷¹), órgano que dicta la *Corporate Leniency Policy* en 1978. Dicho instrumento normativo pese a contener casi todos los

⁶⁶ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, cit. (n. 1) p. 4.

⁶⁷ El modelo de Estados Unidos requiere de esto, U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Corporate Leniency Policy* (s. l., 1993) [visible en internet: <https://www.justice.gov/atr/corporate-lenieny-policy>]

⁶⁸ WILS, WOUTER P.J., *Leniency*, cit. (n. 38) p. 4.

⁶⁹ SPAGNOLO, GIANCARLO, *Leniency*, cit. (n. 55) pp. 7-8.

⁷⁰ SPAGNOLO, GIANCARLO, *Leniency*, cit. (n. 55) pp. 7-8.

⁷¹ Department of Justice.

elementos de la actual regulación norteamericana, no fue suficiente, falló en su eficiencia, al generar un promedio de un postulante al programa de clemencia por año, y por no permitir durante su vigencia la persecución exitosa de ningún cartel internacional.⁷²

Este documento fue sumamente criticada por su falta de transparencia, ya que la concesión de amnistía dependía del juicio exclusivo del DoJ.⁷³ Por lo tanto esta incerteza fue resuelta con la enmienda a la normativa primigenia, la cual se conoce como *Corporate Leniency Policy*⁷⁴ de 1993, la enmienda se centra en tres puntos clave. Primero, se buscó asegurar que la amnistía sea automática si no hay investigación pre existente. Esto es, si una empresa se acerca previamente a una investigación y cumple con los requisitos del programa, hay certeza de la concesión de amnistía y no está sujeta al ejercicio de la discrecionalidad persecutoria. Segundo, la División creó una amnistía alternativa, la cual está disponible incluso si la cooperación comienza después de una investigación haber entrado en curso. Tercero, si una empresa califica para amnistía automática, implica que todos los directores, funcionarios y empleados que concurren con la empresa y que se allanan a cooperar, también reciben amnistía automática⁷⁵, esto por que como veremos más adelante, en los Estados Unidos se persigue no sólo la responsabilidad de la empresa, sino que también la de los individuos que actuaron en el ilícito.

Los resultados de estas mejoras en la transparencia e incentivos a delatar fueron todo un éxito, ya que multiplicaron en cerca de veinte veces la tasa de postulación a la delación compensada, haciendo del programa de amnistía la herramienta investigativa más efectiva de la *Antitrust Division* del DoJ. En los Estados Unidos, en el periodo que media entre 1996 y 2010 las empresas habían sido multadas por sobre los US\$5 mil millones por delitos a la libre competencia, con sobre un 90% de ese total debido a investigaciones asistidas por solicitantes de delación compensada.⁷⁶ Además, ocurrió la paradoja de que muchos carteles internacionales dejaron de llevar a cabo sus actividades en los EEUU, pero continuaron perpetrándolas en el resto del mundo.⁷⁷

No por nada la prestigiosa revista Forbes durante ese período, y a tan sólo 5 años de la mencionada enmienda introducía un artículo titulado “*Fix and tell*”⁷⁸ haciendo un llamado a delatar.⁷⁹

4. El modelo de EEUU.

⁷²CLOUTIER, MIKE, *An empirical investigation of the U. S. Corporate Leniency Program*, (s. l., 2011), p. 4.

⁷³CLOUTIER, MIKE, cit. (n. 72), p. 4.

⁷⁴U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 67) [Visible en internet: <https://www.justice.gov/atr/file/810281/download>]

⁷⁵HAMMOND, SCOTT, *Cornerstones of an effective leniency program*, (Sydney, 2004), nota al pie número 1.

⁷⁶HAMMOND, SCOTT, *The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades*, (s. l., 2010), pp. 2-3.

⁷⁷BARNETT, THOMAS O., *Seven steps to better cartel enforcement*, (Florencia, 2006) p. 1.

⁷⁸La cual puede traducirse como “Fijar e informar”, frase en la que “fijar” alude al ilícito de fijación de precios, e “informar”, aludiría a la delación compensada.

⁷⁹“Si alguien en su empresa ha estado conspirando con competidores para acordar precios, aquí tiene algunos buenos consejos. Diríjase al Departamento de Justicia antes que su co-conspirador lo haga. Confiese y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos lo exculpará. ¡Pero apúrese! Es sólo un conspirador por cartel” JANET NOVACK, *Fix and tell* en *Forbes*, 4. 5.1998 p. 46 (la traducción es nuestra).

Según el sistema en comento, se pacta la inmunidad a las empresas que reporten su actividad anticompetitiva a una etapa temprana. La inmunidad en este caso se traduce en no acusar criminalmente a dicha firma por la actividad denunciada.⁸⁰

La inmunidad, o amnistía, será concedida a dicha empresa antes de una investigación haber comenzado si se cumple con las siguientes seis condiciones: (i) la agencia no cuente con información de ninguna fuente sobre el ilícito; (ii) la empresa termine su participación en el ilícito con acciones prontas y efectivas; (iii) reporte con sinceridad y completitud y proporcione amplia, continua y completa colaboración con el DoJ durante toda la investigación; (iv) la confesión sea un verdadero acto corporativo; (v) cuando sea posible, indemnizar a las partes lesionadas; (vi) y no haya coaccionado a otras empresas a participar ni haya sido el líder u organizador.

Si una empresa cumple con dichos requisitos, y por lo tanto califica para la inmunidad, todos sus directores, funcionarios y empleados que admitan su participación dentro de la confesión corporativa recibirán inmunidad, no siendo acusados criminalmente por su actividad ilegal, si ellos admiten su mala conducta con sinceridad y de manera íntegra y continúan ayudando al DoJ a lo largo de la investigación⁸¹⁻⁸²

También puede darse el caso de que la empresa que se acerque al DoJ no cumpla con todos los requisitos mencionados más arriba, lo cual sucederá cuando la agencia haya ya recibido información acerca de la actividad ilegal, y posiblemente haya iniciado una investigación en tal caso se le puede otorgar la inmunidad a la empresa si cumple con los requisitos mencionados en los números ii), iii), iv) y v), y además es el primero en acercarse y calificar para la delación compensada con respecto de la actividad ilegal reportada. Pero en tal caso, se añade como requisito que la División de Libre Competencia determine que la concesión de delación compensada no sea injusto para otros, considerando: la naturaleza de la actividad ilegal, si la empresa coaccionó a otras partes a formar parte o fue líder en la actividad ilegal y el momento en que la empresa se acerca a la agencia.⁸³⁻⁸⁴

El DoJ también cuenta con una *Leniency Policy for Individuals*⁸⁵, la cual se aplica a todo individuo o persona natural que se acerque a la División a nombre propio, y no como parte de una confesión corporativa. La inmunidad significa, nuevamente, no ser acusado criminalmente, por la actividad reportada. La inmunidad se otorgará a quien reporte una actividad anticompetitiva antes de que una investigación haya comenzado, si se cumple con tres condiciones: (i) al momento que el individuo se auto reporte, la División no ha recibido ninguna información, de ninguna fuente, sobre la actividad ilícita; (ii) el individuo reporte con sinceridad y completitud el ilícito y proporcione amplia, continua y completa colaboración con el DoJ durante toda la investigación; (iii) el individuo no coaccionó a

⁸⁰WILS, WOUTER P.J., *Leniency*, cit. (n. 38) pp. 4-5

⁸¹U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 67)

⁸²WILS, WOUTER P.J. *Leniency*, cit. (n. 38), p. 5.

⁸³U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 67)

⁸⁴WILS, WOUTER P.J. *Leniency*, cit. (n. 38), p. 5.

⁸⁵ Literalmente “Normativa de delación compensada para individuos”, entendiéndose por individuos a las personas naturales.

otras partes a participar de la actividad ilícita y claramente no fue el líder u originador de la actividad.⁸⁶

Del contraste entre los requisitos para la delación compensada corporativa y la individual, podemos ver que la segunda exige menos requisitos, consecuencia de esto, es que se contemple que en el caso que en una solicitud de delación compensada corporativa, no se cumplan con los requisitos, los directores, funcionarios y empleados que hayan suscrito dicha solicitud, serán considerados como solicitantes de la delación compensada para individuos.⁸⁷

También se contempla la posibilidad de que un individuo que no cumple con todos los requisitos de la delación compensada, sea considerado para una inmunidad de carácter estatutaria o informal de la persecución penal. Lo cual implica que depende de una decisión hecha por la División Antitrust, caso a caso, en el ejercicio de su discrecionalidad persecutoria.⁸⁸

La aplicación de ambas normativas de delación compensada, sólo aplica a hardcore cartels. De hecho, aunque el texto de las disposiciones penales en la *Sherman Act* cubre todo tipo de acuerdo restrictivo o comportamiento monopolístico, por larga tradición el DoJ limita la persecución penal a violaciones de la Sección 1 de la *Sherman Act*, tales como: fijación de precios, manipulación de licitaciones, división de mercado o esquemas de asignación de clientes entre competidores horizontales.⁸⁹

Quien no llega primero a delatar igualmente pueden optar a un beneficio, el cual se traduce en una rebaja en la multa que les será aplicadas, lo cual revestirá la forma jurídica de las ya mencionadas *plea bargains*, *plea agreements* o acuerdo de declaración de culpabilidad.⁹⁰ El DoJ tiene discrecionalidad en cuanto a si celebra o no uno de estos acuerdos. Mediante él, el acusado admite su culpabilidad y normalmente conlleva un acuerdo vinculante entre el acusado y el órgano persecutor, pero no para el tribunal. Sin embargo, los tribunales normalmente respetan dichos acuerdos.⁹¹

La práctica de la DoJ es de aceptar descuentos por cooperación con un rango entre los 30 a 35% para empresas que son segundas en cooperar. Una tercera empresa cooperadora recibe un significativamente menor descuento, una cuarta incluso menos, etc. Por otra parte, la práctica del DoJ para la segunda empresa colaboradora es tomar como punto de partida para el descuento, el mínimo del rango de la guía, a menos que la empresa haya tenido un liderazgo significativo en el cartel, mientras un más alto punto de partida es tomado para las subsiguientes empresas colaboradoras. Sin embargo, no hay descuentos fijos por

⁸⁶ U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Leniency Policy for Individuals* (s. l., 1994) [visible en internet: <https://www.justice.gov/atr/individual-leniency-policy>]

⁸⁷ U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 67).

⁸⁸ U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, cit. (n. 86).

⁸⁹ WILS, WOUTER P.J. *Leniency*, cit. (n. 38), p. 6.

⁹⁰ UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, *Guidelines Manual* (s. l., 2016) <http://www.ussc.gov/guidelines/2016-guidelines-manual/2016-chapter-6#NaN>

⁹¹ WILS, WOUTER P.J. *Leniency*, cit. (n. 38), p. 7.

cooperación fuera de la *Corporate Leniency Policy* y la *Leniency Policy for Individual*. La suma del descuento es determinado en cada caso específico.⁹²

5. Delación compensada en la UE.

En la Unión Europea, la primera regulación de delación compensada fue dictada en 1996⁹³, sin perjuicio de que con anterioridad ya se haya aplicado como estrategia para perseguir carteles el entregar una dispensa en multas por la cooperación en la detección e investigación del cartel⁹⁴. Dicha regulación tomó como referencia el éxito del *leniency* en EEUU, diferenciándose en que no limitaba el beneficio al primero en llegar, sino que establecía tres niveles de reducción de multa: de un 75 a 100% de reducción en caso de no haber una investigación en curso; de 50 a 75% en caso de que la Comisión Europea ya hubiese iniciado una investigación, pero la empresa aportare elementos de prueba necesarios para incoar un procedimiento; y de un 10 a 50%, a quien antes de la entrega del pliego de cargos facilitasen informaciones que contribuyesen a confirmar la existencia del cartel o, tras recibirlo, se comprometiesen a no poner en duda la veracidad de los hechos sobre los que la Comisión apoyaba su denuncia.⁹⁵

A lo largo de la vigencia de dicha Comunicación, pese a su éxito en desbaratar carteles⁹⁶, también se hizo patente la necesidad de reformas, y por las mismas razones que se dieron en el modelo norteamericano, la falta de certeza y transparencia a la hora de solicitar la acogida al beneficio. Principalmente faltaba transparencia debido al subjetivismo en su redacción, en especial al señalar que un “instigador” o alguien con un “rol determinante” no podría ser beneficiario de completa o sustancial inmunidad; y al aludir al requisito de que el postulante sea “el primero en aportar pruebas decisivas de la existencia del cartel”. Y respecto de la falta de certeza, se desconocía cómo sería tratada una empresa al acercarse a la Comisión, pues no tenían forma de saber si había esta iniciado una investigación o si ya contaba con suficiente evidencia para probar su existencia, requisitos ambos que impedían o limitaban la inmunidad. Además que los postulantes solo sabrían el nivel de reducción exacto, cuando la Comisión entregase su decisión final, lo cual ocurría muchos años después de la postulación.⁹⁷

Todo lo dicho anteriormente tuvo como resultado su revisión, lo que se concretó con la dictación de una nueva Comunicación, el año 2002⁹⁸, que introdujo la actual distinción entre inmunidad total, y reducción de la multa. Siendo un requisito esencial a la inmunidad, el ser el primero en acercarse a la autoridad.

⁹²WILS, WOUTER *Leniency*, cit. (n. 38) p. 8.

⁹³COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas* en *Diario Oficial C 207*, 18.07.1996 p. 4-6 [visible en internet: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:31996Y0718\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:31996Y0718(01))]

⁹⁴Lo cual sucedió en el Caso *Cartoncillo*, COMISIÓN EUROPEA, Decisión 94/601 CE, de 13 de julio de 1994, [visible en internet: <https://app.vlex.com/###vid/15451314>]

⁹⁵SOTO PINEDA, JESÚS ALFONSO, *Aproximación a la implementación de los programas de clemencia como instrumentos del derecho de la competencia* en *Revista (Con) Textos*, 3 (2010) p. 164.

⁹⁶STEPHAN, ANDREAS, *An empirical assessment of the 1996 leniency notice* (s.l., 2006) pp. 4-7.

⁹⁷STEPHAN, ANDREAS, cit. (n. 96), pp. 3.

⁹⁸COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel* en *Diario Oficial Comunidad Europea C 45* de 19 de febrero de 2002 [visible en internet: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:C:2002:045:TOC>]

Dicha Comunicación de 2002, fue reemplazada por la de 2006, la *Comunicación de Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel*⁹⁹, que es la que rige actualmente. Texto normativo que tuvo una modificación recientemente¹⁰⁰ a propósito de una reforma relativa a la compatibilización de la persecución pública con las demandas privadas por indemnización.

En este caso, el efecto de la delación compensada no será la ausencia de persecución, la Comisión normalmente adoptará una decisión que declare una infracción al derecho de libre competencia comunitario, lo cual irá acompañado de la dispensa o reducción de la multa en la sentencia.¹⁰¹⁻¹⁰² Cabe resaltar otra diferencia importante respecto del modelo norteamericano, el hecho de que sólo se contempla la imposición de multas, y no penas privativas de libertad para los directores, funcionarios o empleados que ejecutaron la conducta anticompetitiva.¹⁰³

Para acogerse a la dispensa del pago de la multa, la empresa debe ser la primera en facilitar información y elementos de prueba que a juicio de la Comisión permitan efectuar una inspección oportuna orientada sobre el presunto cártel y determinar la existencia de una vulneración al artículo 81 del Tratado CE. Además la Comisión no debe disponer de elementos de prueba suficientes para adoptar la decisión de efectuar una inspección en relación con el presunto cártel o ya haber realizado dicha inspección.¹⁰⁴

Además a la empresa se le exigen otros requisitos, por lo que debe: (i) cooperar verdadera, completa, permanente y diligentemente durante todo el procedimiento ante la Comisión; (ii) poner fin a su participación en el cártel, excepto que la Comisión le solicite lo contrario, con fines investigativos; (iii) no haber destruido, falsificado u ocultado pruebas del presunto cártel ni divulgado su intención de presentar una solicitud, ni el contenido de ésta, excepto a otras autoridades de competencia; (iv) no haber coaccionado a otras empresas para unirse al cartel o permanecer en él.¹⁰⁵

En caso de no cumplir con los requisitos para la dispensa del pago de la multa, puede beneficiarse por una reducción del importe de la multa, para lo cual la deberá: (i) facilitar elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo con respecto a los elementos de prueba de que ya disponía la Comisión; (ii) cooperar verdadera, completa, permanente y diligentemente durante todo el procedimiento; (iii) poner fin a su participación en el cártel, excepto que la Comisión le solicite lo contrario, con fines investigativos; (iv) no haber destruido, falsificado u ocultado pruebas del presunto cártel ni

⁹⁹COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel* en *Diario Oficial Comunidad Europea* C 298 de 8.12.2006, p. 17/22 [visible en internet: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2006.298.01.0017.01.SPA&toc=OJ:C:2006:298:TOC]

¹⁰⁰COMISIÓN EUROPEA, *Modificación de la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel*, en *Diario Oficial de Comunidad Europea* C 256, 5.8.2015, p. 1–1, [visible en internet: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52015XC0805\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52015XC0805(01))]

¹⁰¹COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa*, cit. (n. 99), punto 22.

¹⁰²WILS, WOUTER *Leniency*, cit. (n. 38) p. 10.

¹⁰³COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa*, cit. (n. 99), punto 8.

¹⁰⁴COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa*, cit. (n. 99), puntos 8 y 10.

¹⁰⁵COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa*, cit. (n. 99), puntos 12 y 13.

divulgado su intención de presentar una solicitud, ni el contenido de ésta, excepto a otras autoridades de competencia.¹⁰⁶

En cuanto a lo que debe entenderse por valor añadido significativo, se acota bastante la discrecionalidad, pues se alude a que los medios de prueba aumenten la capacidad de la Comisión de probar los hechos de que se trata, ya sea por su propia naturaleza, ya por su nivel de detalle o por ambos conceptos. La Comisión tendrá además más en cuenta: las pruebas escritas que daten del periodo en que se produjeron los hechos que las establecidas posteriormente, las pruebas directamente incriminatoria que las indirectamente.¹⁰⁷

El importe de la reducción de la multa se establecerá en la decisión de término del procedimiento administrativo. Dichos importes, a diferencia del modelo de EEUU están regulados, y son: entre un 30 y un 50% de reducción a la primera empresa en aportar valor añadido significativo, entre un 20 y un 30% a la segunda en hacerlo, y hasta un 20% de reducción para las siguientes.¹⁰⁸

Se diferencia además del modelo de EEUU, en que no se exige como requisito pagar indemnizaciones de perjuicios a las partes lesionadas. Y además se diferencia en que, el delator solo entrega información y evidencia de la vulneración a la libre competencia, más no reconocimiento de la infracción o aceptación de la reducción de multa.

6. Claves de un modelo exitoso

Ya habiendo caracterizado a grandes rasgos los dos modelos más influyentes y exitosos de delación compensada, cabe preguntarse ¿cuáles son esas características que hacen tan efectivo el modelo de clemencia en ambas jurisdicciones?

Según Hammond, el éxito de una normativa de delación compensada viene dado por tres piedras angulares o pre-requisitos: primero, se debe proveer de la amenaza de severas sanciones para aquellos envueltos en carteles duros que hayan fallado en auto reportarse; segundo, los individuos deben percibir un alto riesgo de detección por la autoridad de libre competencia, si no se auto reportan; y tercero, debe haber transparencia y previsibilidad durante todo el procedimiento de aplicación por parte de la agencia de libre competencia, así la empresa puede predecir con un alto grado de certeza cómo será tratado si persigue la aplicación de delación compensada y qué consecuencias tendrá si no lo hace.¹⁰⁹

a) Sanciones severas

Respecto de las sanciones severas, entramos en una discusión tanto cualitativa, como cuantitativa, al haber distintas posibles graduaciones de las sanciones, y teniendo naturalezas tanto corporativas como individuales. Si bien la sanción más severa que se contempla en un ordenamiento jurídico es por regla general el encarcelamiento, es ella la destacada por el autor en comentario como base de un sistema efectivo de *leniency*, para justificarlo apela más que nada a sus resultados en la jurisdicción que conoce más, los EEUU. Pese a ello no descarta que la ausencia de sanciones corporales pueda ser suplida

¹⁰⁶COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa*, cit. (n. 99), puntos 23 y 24.

¹⁰⁷COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa*, cit. (n. 99), punto 25.

¹⁰⁸COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa*, cit. (n. 99), punto 25.

¹⁰⁹HAMMOND, SCOTT, *Cornerstones*, cit. (n. 75), pp. 4-5.

por multas severamente punitivas, aunque no siendo nunca igual de efectivas que su presencia.¹¹⁰

Se plantea también que se debe contar tanto con sanciones corporativas como con sanciones individuales, ya que en caso de sólo contar con las primeras se tentaría a los individuos a formar carteles, por verse beneficiados enormemente y no siendo sancionados de manera interna; y en caso de no contar con las segundas, puede darse la situación en que la empresa asuma el riesgo de ver sancionado su empleado a cambio de pagar sus multas o compensar su estadía en prisión.¹¹¹

Ya metiéndonos de lleno en las distintas sanciones, podemos comenzar por la que aparece como la regla general en los ordenamientos de libre competencia, las multas. Respecto de ellas, para considerarlas como severas, estas deben ser: disuasivas, es decir, deben crear una amenaza creíble de ser perseguido y multado, teniendo dichas multas la aptitud para impedir cálculos de costo-beneficio a la hora de decidirse por crear o mantener un cartel. Deben también tener un efecto moral, consistente en un mensaje enviado a los espontáneos cumplidores de la ley en orden a validar y reforzar su compromiso moral frente a las prohibiciones cartelarias. Además deben poder aumentar los costos económicos de crear y mantener un cártel.¹¹²

Respecto de alguna fórmula que cumpla con dicha disuasión, básicamente la que se opte, debe cumplir con contemplar multas esperadas superiores a las ganancias esperadas con el cartel.¹¹³ Cabe añadir que resulta casi imposible el cálculo del posible daño que causó el cártel o de sus ganancias. Además resultaría desventajoso para el órgano persecutor emplear tal cuantificación, pues la carga de la prueba del daño o ganancia estará del lado del órgano persecutor, quien no contará con la misma información con la que contará el infractor, dando como resultado multas bajas, y disminución del desincentivo.¹¹⁴ El cálculo de las multas ha sido conceptualizado como “una figura administrativa arbitraria basada en la gravedad de la ofensa con algunos ajustes”.¹¹⁵

Hammond se decanta por un sistema de multas como el de la UE, sistema que a pesar de no contar con penas privativas de libertad, es efectivo a los ojos del norteamericano.¹¹⁶ Dicho sistema funciona estableciendo un monto básico de multa (B), calculado por una proporción (a) de las ventas (S) y la duración de la ofensa (T = años de la infracción). Pudiendo la multa elevarse a un 30% del valor de las ventas en el último ejercicio social de la ofensa por cada año de la infracción. Adicionalmente entre un 15 y un 25% del valor de las ventas será impuesto como un disuasivo para los cárteles (b), pudiendo ser impuesta por otros delitos, quedando la fórmula como sigue:

¹¹⁰HAMMOND, SCOTT, *Cornerstones*, cit. (n. 75) pp. 6-7.

¹¹¹CONNOR, JOHN Y LANDE, ROBERT, *Optimal Cartel Deterrence: An Empirical Comparison of Sanctions to Overcharges*. (s.l., 2011). pp. 19-20.

¹¹²WILS, WOUTER, P. J., *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice en World Competition*, 29 (2006) 2, p. 11.

¹¹³Wils, Wouter, P. J., *Optimal*, cit. (n. 112), p. 25.

¹¹⁴Wils, Wouter, P. J., *Optimal*, cit. (n. 112), p. 32.

¹¹⁵VELJANOVSKI, CENTO, *Cartel fines in Europe – Law, practice and deterrence en World Competition* 29 (2007), p. 19.

¹¹⁶HAMMOND, SCOTT, *Cornerstones*, cit. (n. 75), pp. 7-8.

$$B = aST + bS = (aT + b) S^{117}$$

Además se contemplan circunstancias agravantes, como: la reincidencia (teniendo como efecto el aumento del monto básico en un 100%), negativa a cooperar o intentar obstruir la investigación y represalias o medidas coactivas sobre otras empresas para participar en la infracción. Y dentro de las circunstancias atenuantes se contempla: término de la infracción tan pronto la Comisión Europea intervenga, evidencia de comisión negligente de la infracción, evidencia de implicancia sustancialmente limitada, cooperación efectiva fuera del alcance de la delación compensada y autorización o motivación por autoridades públicas o la ley. El órgano persecutor además puede aumentar la multa para que supere cualquier ganancia del infractor, y basándose en el volumen de negocios de la empresa, este último presumiblemente como una medida de probable ganancia o daño. Estas consideraciones pueden ser aunadas como un factor de ajuste adicional (α), en el que $\alpha = 1 - (i - j - g)$, y “i” es un descuento por circunstancias atenuantes, “j” el incremento por circunstancias agravantes, “g” un ajuste para limpiar cualquier déficit basado en ganancias probables de infractor. Y la sanción no puede exceder el 10% del volumen de negocios total (WT) en el ejercicio social anterior.

Entonces la multa es calculada como sigue:

$$F = \alpha B = [(aT + b)S] * [1 - (i - j - g)] \leq 0.1 WT^{118}$$

Ya habiendo analizado las multas, toca hablar sobre las penas privativas de libertad, para lo cual, hay que señalar un peligro que es mencionado a propósito de ellas, el problema de los falsos positivos en la imposición de penas, lo cual en el derecho económico toma relevancia en cuanto desincentiva conductas pro-competitivas, dicha desventaja se argumenta, se solucionaría con el hecho de contar con evidencia de calidad y que esta sea de primera fuente, obtenida mediante la delación compensada.¹¹⁹

También ya adelantamos su efectividad y necesidad en la configuración del modelo estadounidense, basada en la existencia de carteles internacionales que operaban en la mayoría de las jurisdicciones, pero evitaban la norteamericana.¹²⁰ Pero consideramos necesario añadir otros factores.

Podemos incluir primero la necesidad de amagar la creciente sensación de injusticia y desigualdad que es percibida por la ciudadanía, la cual genera una intolerancia que va en aumento frente a la criminalidad de cuello y corbata o *white-collar crime*¹²¹.

En segundo lugar es preciso añadir como consideración el grave daño que genera la existencia de carteles a los consumidores, competidores y economía en su conjunto, consideración sobre la que ya profundizamos más arriba en este trabajo. Lo cual trae como

¹¹⁷VELJANOVSKI, CENTO, cit. (n. 115), p. 24.

¹¹⁸VELJANOVSKI, CENTO, cit. (n. 115), pp. 24-25.

¹¹⁹ HAMMOND, SCOTT (2005), *Optimal Sanctions, Optimal Deterrence* (Bonn, 2005) p. 11.

¹²⁰HAMMOND, SCOTT, *Cornerstones*, cit. (n. 75), pp. 8-9.

¹²¹ HOLLAND RC, *Public Perceptions of White Collar Crime Seriousness: A Survey of an Australian Sample* en *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice* 19 (s.l., 1995) 91.

consecuencia que la sanción que la sociedad ha reservado para las conductas más graves, tenga sentido en el caso de los cárteles duros.

Como tercer argumento, también nos remitiremos a lo señalado más arriba acerca de la imposibilidad de sancionar internamente a los empleados que deseen incurrir en estas conductas.

Y finalmente, no olvidando que estamos hablando de un tipo de sanción dentro de aquellas que pueden ser impuestas a los individuos que actuaron a través de la empresa, se pueden señalar otras sanciones individuales, para lo cual hay que comentar ciertas desventajas en el uso de la otra sanción individual recurrente, las multas: por lo pronto su posible imposibilidad de ser pagadas, por existir la limitante del patrimonio del infractor; sumado a la dificultad o imposibilidad de ser calculadas; además de su posible desproporción, en tanto muchas multas serían mucho superiores al beneficio que obtuvo el individuo infractor; y por último no expresarían un mensaje sobre la seriedad con que se desea condenar dichas conductas, como si lo haría la pena privativa de libertad.¹²²

Por lo tanto, pareciera que a falta de una alternativa más efectiva, su aplicación sería requerida para asegurar la existencia de sanciones severas, y por ende, disuasivas.¹²³

b) Temor de detección.

Si las empresas perciben un muy bajo riesgo de ser atrapados por la autoridad de libre competencia, entonces las sanciones duras no serán suficiente para desincentivar la actividad del cártel, o para hacerlos reportar su actividad ilícita.¹²⁴

Es deber por parte de las autoridades crear las condiciones para que se dé la situación denominada *race to the courthouse* o carrera hacia tribunales, la cual consiste en la competencia que se da entre los distintos miembros del cartel para delatar su existencia, producto de la ansiedad por el posible descubrimiento del comportamiento a razón de la delación del socio cartelario.¹²⁵ La idea detrás de esto, es el socavamiento de la confianza entre los cartelistas¹²⁶, por medio de incentivos adecuados: recompensándose de manera elevada a quien reporta y sancionando severamente a quien es atrapado. Al contemplarse sanciones y *leniency* individuales, esta carrera se efectúa entre empresas, y entre la empresa y sus empleados. Individuos que por lo demás son los que influyen o toman la decisión de reportar o no, y además son quienes arriesgan prisión si no ganan dicha carrera.¹²⁷

En el caso de una empresa entrar en una carrera con sus propios empleados, se optará por parte de la empresa por reportar, pues al acogerse a un programa de delación compensada corporativa, la inmunidad o reducción de sanciones cubre tanto a la empresa como a los

¹²²WHELAN, PETER, *A principled argument for personal criminal sanctions as punishment under EC Cartel Law*, en *The competition law review*, 4 (2007), pp. 32-33

¹²³WHELAN, PETER, cit. (n. 122) p. 36.

¹²⁴HAMMOND, SCOTT, *Cornerstones*, cit. (n. 75), pp. 9-10.

¹²⁵HAMMOND, SCOTT, *Cornerstones*, cit. (n. 75), pp. 10-13.

¹²⁶SPAGNOLO, GIANCARLO, *Divide*, cit. (n. 52), p. 6.

¹²⁷HAMMOND, SCOTT, *Cornerstones*, cit. (n. 75), pp. 10-13.

individuos que forman parte de ella, a diferencia de lo que ocurre con los programas de delación compensada individual, que sólo cubren al solicitante.¹²⁸

c) Transparencia en su cumplimiento

El tercer y no por eso menos importante requisito, es la necesidad de transparencia, la cual debe conducir a la predictibilidad en la aplicación de las reglas del juego, para así entregar certeza a los postulantes, por lo tanto la transparencia no solo debe incluir estándares y normas explícitamente establecidos, sino que también explicaciones sobre la discrecionalidad persecutoria en aplicación de aquellos estándares y normas.¹²⁹

Debiendo la transparencia estar presente en: los estándares para abrir una investigación, los estándares para archivar o no los cargos criminales, las prioridades persecutorias, en la configuración de la delación compensada, en los acuerdos de rebaja de condena en el caso de existir en dicho sistema, en la normativa procesal y el cálculo de las sanciones.¹³⁰ Además se debiesen contemplar publicaciones que busquen resolver dudas a los posibles postulantes.¹³¹

d) Amnesty plus, cartel profiling y penalty plus.

El modelo norteamericano además de la configuración recién expuesta cuenta con otros mecanismos que han sido desarrollados como una forma de mejorar aún más el resultado de *leniency* en su jurisdicción, las cuáles son estrategias proactivas, que han funcionado en el desbaratamiento por parte de la agencia estadounidense de libre competencia de importantes carteles internacionales como el de las vitaminas¹³² y el de la lisina^{133, 134}.

La *amnesty plus* o delación compensada aumentada, busca motivar a sujetos que están siendo investigados por una infracción cartelaria a delatar la existencia y participación en cárteles en otros mercados. Incluso funciona para el caso que el sujeto no califique para la delación compensada en el mercado coludido primigenio, pues será recompensado con una sustancial reducción adicional (“plus”) en el cálculo de su multa por participar en la primera ofensa, y en el caso de cumplir los requisitos para conseguir el beneficio de delación compensada en la segunda ofensa, obtendrá este último también.¹³⁵

El *cartel profiling* o perfil del cartel es una técnica que emplea el DoJ al investigar un cartel. Y se materializa en interrogatorios a ejecutivos de empresas sospechosas que estén

¹²⁸HAMMOND, SCOTT, *Cornerstones*, cit. (n. 75), pp. 10-13.

¹²⁹SPRATLING, GARI R., *Transparency in enforcement maximizes cooperation from antitrust offenders* (Nueva York, 1999), p. 2.

¹³⁰SPRATLING, GARI R., cit. (n. 129), pp. 2-7.

¹³¹SPRATLING, GARI R., cit. (n. 129), p. 5.

¹³² Más acerca de este cartel en CONNOR, JOHN M., *The great global vitamins conspiracies, 1985-1999*, (s. l., 2007).

¹³³ Más acerca de este cartel en CONNOR, JOHN M., *Global cartel redux: the amino acid lysine antitrust litigation* (1996), (s. l., 1996).

¹³⁴HAMMOND, SCOTT, *Cornerstones*, cit. (n. 75) pp.13-15.

¹³⁵HAMMOND, SCOTT, *Cornerstones*, cit. (n. 75), p. 15.

compelidos a declarar bajo juramento, preguntándoles si tienen información sobre cualquier actividad cartelaria en algún otro mercado también.¹³⁶

La *penalty plus* o penalidad aumentada, básicamente es un efecto negativo de no aceptar el beneficio de la *amnesty plus*, pues al no aceptar tal delación extra, la empresa y sus miembros, arriesgan, en caso de ser conocida otra organización cartelaria en que formó parte, una circunstancia agravante, lo cual abrirá además una nueva investigación sobre el segundo cártel, para el cuál se verá afectado por la agravante de reincidencia.¹³⁷

e) Configuración de un programa efectivo de delación compensada.

Se distingue por parte del *International Competition Network*, órgano internacional promotor de la defensa de la libre competencia entre normativa de clemencia y programa de clemencia. Correspondiendo el primer concepto a la colección escrita de principios y condiciones adoptadas por una agencia de libre competencia que gobierna el proceso de delación compensada. Y el segundo, también incluye los procesos internos de la agencia, consistentes en decisiones sobre cómo dicha agencia implementa la normativa de clemencia, incluyendo procesos para conferir o negar el beneficio de delación compensada.¹³⁸

Y ya habiéndonos pronunciado acerca de la normativa que regiría una clemencia efectiva, toca hablar sobre el programa efectivo de clemencia. Para lo cual, importante es señalar que se informa por las mismas piedras angulares que la normativa de delación compensada, es decir: deben ser reglas transparentes, plantear sanciones severas y existir un alto riesgo de que las sanciones sean impuestas, el cual genere un miedo a ser detectado.¹³⁹

Una correcta configuración del programa de delación compensada planteará buenos incentivos a delatar y requerir el beneficio de la delación compensada. Para lo cual la ICN plantea que la salvaguarda de dichos incentivos exige que las agencias de delación compensada:

- Aseguren que sanciones elevadas y otras consecuencias negativas serán aplicadas a quienes no cooperen.
- Aseguren que los cooperadores no estén desventajados en razón de su cooperación.
- Provean certeza respecto del uso de información provista por los postulantes, si la solicitud es rechazada.
- Consideren qué beneficios son proveídos a los postulantes a delación compensada y qué condiciones son impuestas para los solicitantes posteriores.
- Provean certeza acerca de la postulación de cualquier esquema de predecesor-sucesor a los futuros propietarios de una entidad que haya participado en un cartel.¹⁴⁰

¹³⁶HAMMOND, SCOTT, *Cornerstones*, cit. (n. 75), pp.15-17

¹³⁷HAMMOND, SCOTT, *Cornerstones*, cit. (n. 75), pp.17.

¹³⁸INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, cit. (n. 1), p. 4.

¹³⁹INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, cit. (n. 1), pp. 5-6.

¹⁴⁰INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, cit. (n. 1), p. 6.

Además de estas condiciones básicas, abogados que han representado a postulantes de delación compensada, señalan como inhibidores de postulación los siguientes problemas:

- La incerteza acerca de la posibilidad de obtener el beneficio después de una investigación haber comenzado.
- Inhabilidad del postulante para explorar anónimamente la disponibilidad del beneficio.
- La poca claridad en la determinación de la multa.
- Exposición a demandas civiles en múltiples jurisdicciones, particularmente demandas colectivas.
- Ausencia de *amnesty plus*.
- Ausencia de sistema de marcadores.
- Ausencia de requisito de ser el primero en llegar.
- Ausencia de una exención de exclusión de contratación pública.
- Falta de formularios estandarizados que establezcan las obligaciones y protecciones para el postulante y para la agencia de competencia.
- Ausencia de una política de confidencialidad clara, que establezca el manejo de la información, incluyendo la posible cooperación de la agencia con otros órganos de cumplimiento de la ley, tanto nacional como internacional. Y que establezca cuando puede ser obtenida mediante *discovery* por terceros.
- La exigencia de probar todos los elementos del ilícito antes de recibir la delación compensada condicional.¹⁴¹

Cómo pudimos apreciar, la clave del éxito de los modelos de delación compensada ha sido su constante revisión, en una búsqueda constante de adecuar sus modelos y programas a los estándares que han sido definidos con la práctica persecutoria, con la experiencia aportada por organismos internacionales como la ICN, e incluso con la ayuda de los abogados que han patrocinado defensas de las empresas que han tenido que decidir que la mejor opción para sus intereses es cooperar con la autoridad de libre competencia.

Toda esta caracterización de un programa como efectivo busca que las exenciones o reducciones de las sanciones cumplan con sus objetivos, el cuál es desincentivar y desbaratar carteles, ya sea, logrando que efectivamente las empresas postulen a dicho programa o que al postular la empresa, no lo haga desvirtuando el interés de la norma, poniéndose de acuerdo con sus competidores en coludirse y reportarse cada uno en distintos períodos, disfrutando del beneficio de delación compensada y evadiendo parte de la multa o toda ella, dicha configuración no efectiva, por lo tanto no solo no evitaría los carteles, sino que promovería los acuerdos colusorios y reduciría el desincentivo.¹⁴² Y es por tanto labor de los organismos competentes regular la delación compensada para que no existan dichos incentivos perversos.

¹⁴¹INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, cit. (n. 1), pp. 6-7.

¹⁴²SPAGNOLO, GIANCARLO, *Divide*, cit. (n. 52), pp. 4-5.

IV. DELACIÓN COMPENSADA EN CHILE

1. Ley n° 20.361: introducción al ordenamiento chileno.

La introducción de esta figura vino de la mano de la Ley 20.361, que modificó el DFL n°1 del Ministerio de Economía del 2005 (DL 211). La cual buscaba mejorar ciertas trabas y obstáculos que presentaba en la praxis la aplicación del ordenamiento de libre competencia que luego de varias reformas¹⁴³ aún no encontraba su norte, entre ellas destaca la del 2003, con la Ley 19.911, que trae una nueva tipificación de las conductas que se consideran ilícitas, crea el TDLC como reemplazo de las antiguas Comisiones Preventivas y Comisión Resolutiva, moderniza los procedimientos que se desarrollan ante ese Tribunal y suprime el carácter penal de las sanciones que se imponen a quienes infringen la legislación antimonopólica¹⁴⁴.

Su tramitación tuvo origen por Mensaje Presidencial, del año 2006, pero a lo largo de su tramitación, ocurrió un hecho que marcó la agenda de esta reforma y probablemente influyó en el carácter de discusión inmediata que luego se le dio, el caso de la colusión en el mercado de las farmacias¹⁴⁵, el cual sacó a la luz las falencias del sistema a la hora de: desincentivar la existencia de carteles, investigarlos y sancionarlos. En dicho caso, uno de los miembros del cartel, Farmacias Ahumada, confesó a la FNE la existencia de la estructura anticompetitiva y su participación en ella, lo cual generó que el procedimiento terminara en la etapa de conciliación, situación que para el entonces Ministro de Economía, Hugo Lavados “es similar a una delación compensada, ya que Farmacias Ahumada ha reconocido su participación en un cartel para que la fiscalía reduzca la solicitud de sanción”¹⁴⁶, dichos que dejan entrever una falencia sistémica que se construía mediante instituciones procesales.

Para lo cual la reforma se centra en tres¹⁴⁷ objetivos concretos: (i) aumentar la independencia de los miembros del TDLC; (ii) fortalecer las atribuciones de la FNE, en especial en lo relativo a su facultad para perseguir acuerdos horizontales y verticales; y, (iii), agilizar, en cierta forma, la tramitación ante el TDLC¹⁴⁸.

¹⁴³ Que en realidad es una reforma relevante; una refundición, coordinación y sistematización; y una reforma menor. La Ley 19.911, *Que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*; el DFL n°1 del 2004 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL 211 de 1973; y la Ley 20.088, *Que establece como obligatoria la declaración jurada patrimonial de bienes a las autoridades que ejercen una función pública*, ley que simplemente crea el artículo 9° bis en la que se exige la mencionada declaración jurada de bienes a los integrantes titulares y suplentes del TDLC.

¹⁴⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley 20.361*, pp. 4-5. [visible en internet: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4696/>]

¹⁴⁵ SKOLNIC, FRANCISCA Y RAMÍREZ, PEDRO, *Farmacias y laboratorios: El prontuario de infracciones a la libre competencia*, en *Ciper* (s. l., 2009) [visible en internet: <http://ciperchile.cl/2009/05/20/farmacias-y-laboratorios-el-prontuario-de-infracciones-a-la-libre-competencia/>]

¹⁴⁶ TRONCOSO, JOSÉ, *Farmacias Ahumada confiesa colusión para subir precios y acuerda compensación con la fiscalía en Economía y negocios online* (s. l., 2009) [visible en internet: <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=61233>]

¹⁴⁷ Planteando dos de estos tres objetivos: fortalecer las facultades de la FNE para investigar acuerdos horizontales y verticales, mediante medidas intrusivas y private enforcement, y fortalecer la autonomía de los órganos fiscalizadores, PARDOW LORENZO, DIEGO, *Atribuciones para una fiscalización eficaz de los mercados en Revista de Derecho (Valdivia)* 28 (2015) 2, pp. 84-86

¹⁴⁸ Intervención diputado Gonzalo Arenas, Discusión en Sala, *Biblioteca del Congreso Nacional*, cit. (n. 144), pp. 60-63

La delación compensada, ahora regulada en el artículo 39 bis, se encasillaría en el segundo objetivo, como una herramienta investigativa de la que dispondrá el órgano persecutor para incentivar a revelar antecedentes o evidencia de los ilícitos, superando así la dificultad empíricamente demostrada de investigar los ilícitos colusivo¹⁴⁹, y que vendría a acompañar a las *medidas intrusivas*, también introducidas con dicha ley. Dichas instituciones cumplen además una importante función preventiva, que opera desincentivando la formación de estas estructuras ilícitas o incentivando su desestabilización o desbaratamiento, función que pareciera ser la principal respecto de la institución en estudio¹⁵⁰.

Por lo tanto, corresponde caracterizar a la delación compensada, y para lo cual es dable señalar que su efecto, siguiendo el modelo europeo, consiste en la reducción o exención de la multa, para lo cual, en caso de darse por acreditada la conducta anticompetitiva, se declarará en la sentencia del TDLC, quien no podrá aplicar la multa al acreedor de una exención, ni una multa mayor a la solicitada por el Fiscal a quien haya individualizado como acreedor de una reducción en el requerimiento del Fiscal.

Respecto de los requisitos para postular al beneficio de exención, el postulante deberá cumplir con los siguientes:

i) Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal;

ii) Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud;

iii) Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud;

iv) Ser el primero que aporte los antecedentes a la Fiscalía, dentro del grupo de responsables de la conducta imputada.

v) No haber sido el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella.

Y para postular al beneficio de reducción, deberá cumplir con los requisitos números i), ii), iii) y v), a lo que se suma el deber de aportar antecedentes adicionales a los presentados por quien primero acompañó antecedentes a la Fiscalía en virtud de una postulación a delación compensada. En el caso chileno la ley solo señala que la rebaja no podrá ser superior al 50% siendo la Guía de Delación Compensada de 2009¹⁵¹ la que añade que a propósito de la cuantificación de la multa, se tendrá en cuenta que las solicitudes posteriores a la primera deban ser premiadas de menor forma que aquella.

Llama la atención para este estudio, que la primera Guía, de 2009¹⁵² añadía como requisito para tanto la exención como la reducción el “(q)ue exista un reconocimiento de la ejecución

¹⁴⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley n° 20.361*, cit. (n. 144), p. 7.

¹⁵⁰ SPAGNOLO, GIANCARLO, cit. (n. 55), pp. 8-10

¹⁵¹ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía de delación compensada*, (s. l., 2009), punto 35, pp. 10,

¹⁵² FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía de delación compensada*, cit. (n. 151), punto 24, pp. 7-8.

de una conducta de las previstas en la letra a) del artículo 3° del Decreto Ley N° 211”, lo cual se traduce en los hechos en una confesión de la comisión del ilícito, que por no contemplarse un procedimiento de solicitud verbal de manera general respecto de la Guía de 2009, y de excluirse dicho procedimiento en los casos no calificados en la Guía de 2015¹⁵³, constará por escrito. Y llama la atención principalmente por dos cosas: primero, no está contemplado dicho requisito en la ley; segundo, funciona como desincentivo a delatar, pues expone al postulante a demandas civiles de indemnización en jurisdicciones como la de Estados Unidos, en la que muy probablemente se le obligue a divulgar dicha confesión, la que de paso será usada como evidencia en su contra, lo que expondría al solicitante de *leniency* a un importante riesgo de litigios injustos.¹⁵⁴

Unas cuantas diferencias más con los modelos ya analizados se vislumbran. Dentro de las principales destacan: primero, no se exige que la FNE no cuente con antecedentes o evidencias de otra fuente, pudiendo esta incluso ya haber iniciado una investigación con anterioridad a la solicitud del beneficio, precluyendo el derecho a solicitar el beneficio recién al plantearse el requerimiento ante el TDLC¹⁵⁵, lo cual se aleja del modelo europeo y norteamericano. Segundo, se exige que la empresa no haya sido el *organizador* de la conducta ilícita, es decir, que no haya establecido o reformado algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados¹⁵⁶, y que no se *coaccione*, es decir, no ejercer fuerza o violencia sobre alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo¹⁵⁷, ambos requisitos fueron considerados como copulativos durante la tramitación del proyecto de ley¹⁵⁸; lo mencionado se diferencia del modelo estadounidense, en que se contemplan hipótesis alternativas, coaccionar, liderar u originar; y se diferencia del modelo europeo, pues en él no tan solo se le cierra la puerta a la *leniency* a quien coaccionó para participar en el cartel, sino que también a quien lo hizo para que una empresa permanezca en él.¹⁵⁹ Lo cual disminuye la exigencia para postular a *leniency* y permite la postulación a quienes organizaron la conducta ilícita sin coaccionar a participar en ella, y a quienes coaccionaron para participar en ella pero sin organizarla. Lo que podría ser reprochable en tanto no operaría como un impedimento para que las empresas coaccionen a otros a participar en el cartel o a organizar los mismos.

Al igual que el modelo europeo, y atendida la naturaleza administrativa de los órganos que la tutelan, el derecho de libre competencia chileno sólo contemplaba sanciones administrativas de naturaleza corporativa para el caso de los acuerdos colusorios a la fecha de esta reforma, lo cual se traduce en la ausencia de un procedimiento de postulación para personas naturales.

¹⁵³ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía de delación compensada*, cit. (n. 151), punto 39, p. 12.

¹⁵⁴ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *IBA cartels working group comments on the public consultation versión of the guidelines on leniency in cartel cases published by the Fiscalía Nacional Económica (FNE) – Chile*, (s. l., 2015) pp. 11-13. AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Comments of the ABA sections of antitrust law and international law on the public consultation version of the guidelines on leniency in cartel cases in Chile published by the Fiscalía Nacional Económica*, (s. l., 2015), pp. 6-8.

¹⁵⁵ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía de delación compensada*, cit. (n. 151) punto 26, p. 8.

¹⁵⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, [visible en internet: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=organizar>]

¹⁵⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, [visible en internet: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=9Vgh8Tq%7C9VgmpJG>]

¹⁵⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley n° 20.361*, cit. (n. 144), p. 340.

¹⁵⁹ FAULL, JONATHAN Y NIKPAY, ALI, *The EC law of competition*, (Oxford, Oxford University Press Inc., 2007), Punto 8.153 p. 815.

Respecto al tema de las demandas civiles por daños causados por las infracciones a la libre competencia, la ley no se pronuncia, y esto pese a haberse mostrado un interés en ello en el proceso legislativo¹⁶⁰, por lo que no se establece un requisito del requirente de delación compensada en orden a indemnizar, como sucede en EE. UU. Lo único que queda claro, es que por no establecerse una disposición que lo señale, la delación compensada no exime de las indemnizaciones civiles, ni tampoco las limita, por lo que, según este régimen, las empresas o consumidores que se vieron afectados por la conducta ilícita, puede recurrir ante un tribunal civil, según las reglas generales de responsabilidad del Código Civil, o especiales de la Ley de Derechos del Consumidor en su caso.

Respecto de los ilícitos a los que se aplica el mecanismo en estudio, son los que se encuentran previstos en la letra a) del artículo 3° del DL 211, es decir, aquellos que tienen por objeto generar efectos anticompetitivos, los denominados *hardcore agreements*.

2. Críticas a dicho sistema.

A pesar que la situación de la persecución y sanción de los acuerdos horizontales mejoró con la dictación de la Ley 20.361, numerosos son los puntos que generaban dudas o reproches bajo dicho régimen, entre ellos encontramos: la inexistencia de sanciones privativas de libertad que los castiguen, la cuantificación de las multas, la ausencia de un programa de delación compensada para individuos, la posibilidad de aplicación del artículo 285 del Código Penal. A continuación procederemos a analizarlos uno por uno.

a) Inexistencia de sanciones privativas de libertad

Respecto de las sanciones penales, podemos señalar que es un tema que está muy vinculado con la efectividad del mecanismo de delación compensada, pues se vincula con el requisito ya enunciado de existir un temor de detección, ya que para estimular a los cartelistas a participar de la carrera por delatar, se debe establecer un efecto gravoso que motive a querer llegar en primer lugar.¹⁶¹

En el ordenamiento chileno no siempre existió esta carencia, ya el DL 211 en su redacción original contemplaba una pena de presidio menor en cualquiera de sus grados, es decir, de 61 días a 5 años para quienes atentaran en contra la libre competencia. Pero dicha sanción nunca fue aplicada por: la ausencia de una cabal conciencia sobre la gravedad de este tipo de ilícitos; una falta de institucionalidad para hacer frente a casos de alta complejidad; la carencia de especificidad de las conductas, lo cual vulneraba el artículo 19 n°3 de la Constitución Política de la República, y por estimarse que la criminalización no disuadía las

¹⁶⁰ Intervención diputada Allende y la diputada Rubilar en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, cit. (n. 144) pp. 318-320.

¹⁶¹ HAMMOND, SCOTT, *Cornerstones*, cit. (n. 75), pp. 6-7.

conductas contra la libre competencia, lo cual conllevó su derogación en el año 2003 mediante la ley n° 19.911.¹⁶²

Dichos argumentos no hacen más que reafirmar la necesidad contemporánea de regular una sanción penal para los casos de colusión, ya que en el último tiempo se ha constatado que: existe una conciencia sobre el peligro que plantean los cárteles duros para la economía y sus actores¹⁶³; actualmente se cuenta con un órgano persecutor especializado en materias de libre competencia, la FNE; es posible salvar la necesidad de especificidad usando una redacción adecuada, dejando de lado fórmulas amplias; y hoy más que nunca se estima que la criminalización es un estímulo importante a la hora de disuadir conductas contra la libre competencia¹⁶⁴, y más aún, persuadir de acercar al infractor a la autoridad de libre competencia y delatar.

b) Cuantificación de las multas

Respecto de las multas, lo que particularmente llama la atención de ellas, es la forma que se establecía para su magnificación, la que se hacía estableciendo un límite máximo, el cual asciende a 20 mil UTA por regla general y, desde la modificación de la ley 20.361, 30 mil UTA (US\$ 25,5 millones¹⁶⁵) en el caso de carteles duros o *hardcore cartels*.

Respecto a dicha magnificación, consideramos que pese a que 20 mil UTA o 30 mil UTA puede ser una cantidad que desincentive la existencia, o fomente el desbaratamiento de muchos cárteles, la experiencia indica que las ganancias percibidas por los cárteles puede superar con creces tan estrecho margen. Basta mencionar lo que sucedió en el caso de la Colusión en la Industria Avícola, en la que se estima un daño por sobre los US\$ 1.343 millones en un período de tan sólo cuatro años, por lo que la aplicación de una sanción total de 74 mil UTA, equivalente en ese entonces a alrededor de US\$ 60 millones¹⁶⁶ no alcanzo siquiera un 5% de lo estimado en utilidades por sobreprecio.

La amenaza de la aplicación de una multa en la que se aplique dicha cuantificación operaría, en muchos casos simplemente como uno de los factores que determinen los costos y beneficios económicos de delinquir. Por lo que urge un cambio en orden a modificar el criterio fijo, por uno proporcional al daño causado por el ilícito anticompetitivo.

c) Ausencia de un programa de delación compensada para individuos

¹⁶² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley 20.945* (s. l., 2016), p.6 [visible en internet: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5311/>]

¹⁶³ OECD, cit. (n. 6), p. 1.

¹⁶⁴ HAMMOND, SCOTT, *Cornerstones*, cit. (n. 75), pp. 8-9.

¹⁶⁵ A valor de UTA de diciembre 2016 y valor de dólar 2/2/17, valor exacto US \$ 25.698.069.

¹⁶⁶ 30 mil UTA respectivamente a Agrosuper y Ariztia, 12 mil UTA a Don Pollo, y 2 mil UTA a la Asociación de Productores Avícolas (APA), gremio que coordinó el funcionamiento del cartel. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Corte Suprema confirma multas por colusión contra Agrosuper, Ariztia y Don Pollo y endurece sanción contra el gremio que las reúne* (s. l., 2015) [visible en internet: <http://www.fne.gob.cl/2015/10/29/corte-suprema-confirma-multas-por-colusion-contra-agrosuper-ariztia-y-don-pollo-y-endurece-sancion-contra-el-gremio-que-las-reune/>]

El DL 211 contempla en su artículo 26 letra c) la posibilidad de imponer multas tanto a la persona jurídica que comete el ilícito, como a los directores, administradores y demás personas que hayan intervenido en la realización del acto.

Por lo que existiendo la posibilidad de imponer multas a los individuos, llama la atención que no se haya contemplado un programa de delación compensada para ellos. Esto por el antecedente ya expuesto en este trabajo acerca del aumento en la efectividad de *leniency* al contemplarse una carrera hacia los tribunales no tan sólo entre las empresas, sino que también entre la empresa y su empleado, lo que aumenta el temor de detección.

Si bien, un programa de delación compensada para individuos debería revestir otras características, en especial, en lo relativo a la protección de la identidad del delator, al estilo de mecanismos similares contemplados en la regulación de ley n° 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes¹⁶⁷, en que inclusive se contempla la posibilidad de ofrecer una nueva identidad al delator.¹⁶⁸

d) El artículo 285 del Código Penal

Pese a que el delito que permitía sancionar los acuerdos colusorios fue derogado en 2003, dicha conducta ha sido considerada *de facto* ya criminalizada, esto por la existencia del artículo 285 del Código Penal, la cual pareciera generar bastante incertidumbre respecto a las sanciones asociadas a los acuerdos colusorios, lo que dicho sea de paso, hace inoperativa la delación compensada, por restarle transparencia.¹⁶⁹

El artículo reza como sigue:

Artículo 285. Los que por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualquiera otras cosas que fueren objetos de contratación, sufrirán las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Dicho artículo no ha sido reformado desde su redacción, más que para actualizar la unidad de medida empleada para el cálculo de la pena accesoria de multa, es decir, es una norma que data de 1874, momento en la historia en que como analizamos, no existía conciencia del daño que podían crear los cárteles, por lo tanto mucho menos se tenía conciencia de la

¹⁶⁷ Artículo 30 inciso segundo: *Para proteger la identidad de los que intervengan en el procedimiento, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, el fiscal podrá aplicar medidas tales como:*

a) que no consten en los registros de las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, profesión u oficio, domicilio, lugar de trabajo, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar una clave u otro mecanismo de verificación, para esos efectos;

b) que su domicilio sea fijado, para efectos de notificaciones y citaciones, en la sede de la fiscalía o del tribunal, debiendo el órgano interviniente hacerlas llegar reservadamente a su destinatario, y

c) que las diligencias que tengan lugar durante el curso de la investigación, a las cuales deba comparecer el testigo o perito protegido, se realicen en un lugar distinto de aquél donde funciona la fiscalía y de cuya ubicación no se dejará constancia en el registro respectivo.

¹⁶⁸ Artículo 35.- *El tribunal podrá autorizar a estas personas para cambiar de identidad, con posterioridad al juicio, en caso de ser necesario para su seguridad.*

¹⁶⁹ COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, *Informe final*, (Santiago, 2012), p. 5.

necesidad de prohibirlos. Cabe agregar que la concepción de libre competencia aún no había nacido.

Lo preocupante de dicha norma, junto con el artículo 286 que es una circunstancia agravante de responsabilidad, es la potencialidad de ser encasilladas en ellas ciertas conductas contrarias a la libre competencia, por lo pronto, el acuerdo de fijación de precios se asemejaría a alterar el precio natural. Y además el hecho de que la administración de estas sanciones penales no se encuentra en manos de la FNE y el TDLC, sino que la acción penal le correspondería al Ministerio Público o a algún querellante, y la resolución a los tribunales con competencia penal¹⁷⁰, más aún la reforma del 2009 no contempló como efecto de la delación compensada más que la reducción o exención de multas administrativas, manteniendo aún la puerta abierta para procedimientos penales iniciados por acción penal o querrela.

Situación que condujo a lo ocurrido respecto del caso farmacias, caso en que el Ministerio Público se hizo valer de dichas normas decimonónicas para fundar su acusación en contra de ejecutivos de las farmacias que se habían concertado para fijar precios.¹⁷¹ El resultado en dicho caso fue negativo para delación compensada, pues al sancionar a uno de los ejecutivos¹⁷², se demostró que es posible sancionar penalmente a miembros de un cártel, mediante el ejercicio de la acción penal pública por parte de un órgano autónomo que no está vinculado a la FNE en el procedimiento de administración del beneficio de *leniency*.

En otro emblemático caso, el de la colusión del papel tissue, en el cuál, las dos empresas participantes del cártel se acogieron al beneficio de la delación compensada, fue iniciada una investigación por denuncia de dos Diputados de la República, causa que terminó mediante la decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público, pues el TDLC y la FNE se negaron a entregar antecedentes que condujeran a realizar las pesquisas necesarias para formular una acusación.¹⁷³ Pero aunque no se llegó a poder fundar una acusación, la incerteza igual se hace presente, al no estar vedado el inicio de un proceso penal.

3. Ley n° 20.945: perfeccionamiento del sistema.

La Ley 20.945, que *Perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia*, viene, como su nombre lo indica a plantear mejoras en el ya establecido sistema, pues, a diferencia de reformas anteriores, no hay una labor de eliminación de instituciones, sino que de seguir puliendo y afinando detalles, principalmente en lo relativo a delación compensada y en el control de operaciones de concentración.

¹⁷⁰COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, cit. (n. 168), p. 10-11

¹⁷¹ IGLESIAS, JUAN PABLO, *Ministerio Público pide 5 años de prisión para imputados en caso farmacias en La Tercera* 9.3.2015 [visible en internet: <http://www.latercera.com/noticia/ministerio-publico-pide-5-anos-de-prision-para-imputados-en-caso-farmacias/>]

¹⁷²MOURE, JOSÉ LUIS, *Primera condena personal por colusión de las farmacias: 540 días para ex jefe de ventas* (s. l., 2014) [visible en internet: <http://www.cooperativa.cl/noticias/economia/competitividad/libre-competencia/primera-condena-personal-por-colusion-de-las-farmacias-540-dias-para-ex/2014-05-13/095251.html>]

¹⁷³BURGOS, SANDRA Y RIVAS, CRÍSTIAN, *A un año de que estallara el escándalo se cierra la arista penal de la colusión del papel higiénico* (s. l., 2016) [visible en internet: <http://www.t13.cl/noticia/negocios/a-ano-estallara-escandalo-se-cierra-arista-penal-colusion-del-papel-higienico>]

Esta reforma legal tuvo como inspiración importante el Informe de la Comisión asesora presidencial para la Defensa de la Libre Competencia de julio de 2012¹⁷⁴ (“Comisión”), en el cuál se llegó a la conclusión de que pese a los progresos alcanzados, quedaban tareas pendientes en la regulación de la delación compensada, en especial en su sistema de sanciones¹⁷⁵

Pasaremos a analizar las reformas más relevantes en el mecanismo de delación compensada.

a) Criminalización

Mediante la ley en estudio, debemos ver salvado el vacío de punición existente frente a la conducta colusoria, pues se añade un nuevo título, el *Título V De Las Sanciones Penales*, el cual establece un tipo penal que a grandes rasgos replica el supuesto de hecho contenido en el literal a) del artículo 3º, conteniendo cuatro conductas alternativas consistentes en celebrar, ordenar celebrar, ejecutar u organizar un acuerdo entre dos o más competidores entre sí para: la fijación de precios, la limitación de producción, el reparto de mercado o afectar el resultado de licitaciones públicas.

Y se establecen dos sanciones copulativas para este nuevo delito: una principal privativa de libertad y una accesoria de inhabilitación absoluta temporal. Sobre la privación de libertad, esta es de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, es decir, de tres años y un día, a diez años, lo cual dicho sea de paso, es concordante con el modelo norteamericano, que establece la misma pena máxima¹⁷⁶. Respecto de la pena accesoria, esta es de inhabilitación absoluta temporal, en su grado máximo, para ejercer el cargo de director o gerente de una sociedad anónima abierta o sujeta a normas especiales, de empresas del Estado o en las que éste tenga participación y de una asociación gremial o profesional, la cual va de siete años y un día a diez años.

Se establecen reglas especiales de individualización de la pena, y además se contempla una regla de suspensión por un año de las penas sustitutivas contempladas en la ley n° 18.216, durante dicho tiempo, el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere condenado. Misma regla que se encuentra presente en la famosa Ley Emilia¹⁷⁷. Idea de asegurar el cumplimiento efectivo que se ve refrendada por el hecho de que en principio los acreedores de una reducción en la pena por delación compensada, no se verían afectados por dicha regla, salvo que en el requerimiento de la FNE se involucre únicamente a dos competidores entre sí y que uno de ellos sea acreedor de exención de la multa, pues, se busca castigar efectivamente al menos a los miembros de una de las empresas, en este caso, el acreedor de la reducción de multa.

b) Multas y otras sanciones administrativas

¹⁷⁴BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL *Historia de la ley n° 20.945*, cit. (n. 161), p 3.

¹⁷⁵COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, cit. (n. 168), p. 9.

¹⁷⁶ 15 United States Code § 1 - Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty [visible en internet: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1>]

¹⁷⁷ Ley n° 20.770 *que modifica la ley del tránsito, en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves gravísimas o, con resultado de muerte.*

La propuesta de la Comisión respecto de las multas consistía en cambiar su forma de determinación.¹⁷⁸ Lo cual se refleja en la reforma, que estatuye que las multas serán de hasta un 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción. Y subsidiariamente, para el caso de no poder determinar dichos montos, será de hasta 60 mil UTA.

Consideramos que dicho cálculo de multa acerca más su entidad a lo que sería el daño, lo que como vimos, es esencial a la hora de calcular las multas.

Además en el mismo artículo 26 en que se contemplan las mentadas multas, se añade un literal nuevo, el d), que habilita al órgano jurisdiccional a imponer para el caso de cárteles duros, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos estatales¹⁷⁹, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años contado desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada; es decir, se veta al infractor de participar en cualquier relación contractual o concesional con el mayor comprador a nivel nacional, el Estado, esto en atención a la gravedad detrás de las conductas colusorias.¹⁸⁰

c) El artículo 285 del Código Penal.

Lo que hace la reforma es añadir un nuevo artículo 64 al DL 211, que señala que la investigación del delito de colusión, sólo podrá darse por querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica, la cual deberá tener como base un pronunciamiento favorable por parte del TDLC, y siempre que se comprometa gravemente la libre competencia de los mercados, no siendo admisible otras querrelas o denuncias. Debiendo emitir una decisión fundada en caso de no interponer querrela pese a existir pronunciamiento del TDLC. Teniendo un plazo de seis meses para adoptar cualquiera de las dos actitudes desde la ejecutoriedad de la sentencia del tribunal. Todo lo cual tiene el esperado efecto de extraer del Ministerio Público y de los particulares la posibilidad de accionar penalmente contra quienes se vean envuelto en hechos constitutivos del delito de colusión.

Se echa de menos respecto de la reforma en comentario la derogación de los artículos 285 y 286. La reforma no los deroga, ni limita su procedencia, a juicio nuestro la existencia del nuevo delito de colusión generaría un conflicto que debiese ser resuelto por el tribunal con competencia penal, un concurso aparente de leyes penales.

d) Programa individual de delación compensada.

¹⁷⁸ COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, cit. (n. 168), pp. 10-19

¹⁷⁹ “Órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial”.

¹⁸⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL *Historia de la ley n° 20.945*, cit. (n. 161), p. 4.

Cómo analizamos en el acápite anterior, el DL 211 regula la posibilidad de sancionar a personas naturales, que hayan intervenido en la realización del acto respectivo. Dicha sanción habilitada a serles impuesta consistía, como ya señalamos, únicamente en multas. Pero dicha situación se ve modificada por la regulación en análisis, pues esta añade sanciones penales para los infractores, por lo que en un intento de ser consecuente con la delación compensada, se añade la delación compensada en materia penal en el nuevo artículo 63.

El efecto que produce dicha herramienta es la exención para los primeros en aportar antecedentes, y la rebaja de la pena en un grado para quienes aporten antecedentes adicionales, es decir, una atenuante calificada especial, cuyo efecto sería la única esperanza de rebajar el estrecho marco penal que queda al aplicar las reglas especiales de individualización de la pena que se contemplan. Cabe agregar que se establece la obligación de entregar al Ministerio Público y al tribunal competente los mismos antecedentes ya entregados a la FNE y, además la obligación de prestar declaración en calidad de testigo en la forma dispuesta por el artículo 191 del Código Procesal Penal, es decir, mediante una audiencia de prueba anticipada. La no colaboración se sancionará con la privación de la exención de responsabilidad penal.

Dicha modificación no crea un estatuto diferenciado entre empresas postulantes y postulantes individuales, sino que extiende el beneficio al ámbito penal, lo cual deja de lado las especiales características que revisten una postulación individual, principalmente por: el menor acceso a información y el peligro a represalias en su persona. Pero a falta de labor legislativa, fue la propia FNE mediante su *Guía Interna* encargada de regular el procedimiento de otorgamiento de delación compensada, en ella la FNE se hace cargo del primer punto, al señalar como uno de los criterios para determinar si los antecedentes aportados cumplen con el requisito de ser un aporte efectivo a la investigación. Sobre el segundo punto, se optó por no realizar ninguna protección a la identidad de la persona natural que aporta antecedentes.

4. Procedimiento para optar al beneficio.

El DL 211 establece el marco general que regula la institución de la delación compensada, y toca al órgano persecutor mediante instructivos, a los cuales denomina *Guía* regular el procedimiento administrativo a que da lugar la solicitud de delación compensada. Los instructivos que dicta la FNE, tienen como fundamento la potestad de mando que les permite dictar normas de aplicación interna al órgano¹⁸¹, no obstante las obvias consecuencias para el particular que inste para acogerse a los beneficios que otorga dicho procedimiento.

Desde la aparición en el ordenamiento chileno de la delación compensada se han dictado dos Guías Internas de Delación Compensada, se dictó una Guía el año 2009, la cual como expondremos carecía de la deseada adecuación a la necesidad de certeza y transparencia, lo cual dio lugar a la dictación de una segunda Guía de 2017.

Por la gran cantidad de cambios producidos, haremos un análisis consistente en describir la primera regulación, seguido de la descripción de los cambios y mejoras introducidos con la reciente Guía.

¹⁸¹ BERMUDEZ SOTO, JORGE, *Derecho administrativo general*, (Santiago, Legal Publishing, 2014), pp. 74-75.

a) Guía de 2009

Denominada *Guía interna sobre beneficio de exención y reducción de multas en casos de colusión*, en ella se establece un procedimiento que solo puede ser iniciado por una forma, la postulación electrónica, vía formulario electrónico estandarizado que figura en la página web de la FNE, en el cuál se deben llenar ciertos datos, de manera obligatoria: la individualización del solicitante, descripción general de la conducta colusoria, declaración expresa de la intención de iniciar el procedimiento de postulación al beneficio y compromiso de no divulgar la solicitud. Lo que se solicita en concreto, es un indicador de postulación, que sirve para informar al solicitante el lugar que ocupa respecto de otras solicitudes presentadas en el caso de que se trate a efectos de determinar los beneficios disponibles, mecanismo que se suele denominar, sistema de marcadores¹⁸²⁻¹⁸³.

Acto seguido la Fiscalía en un plazo de tres días, cita al solicitante a una reunión de programación, en la cual se hace entrega del indicador de postulación, y se planifica como se proporcionarán los antecedentes precisos, veraces y comprobables que sustentan la solicitud del beneficio en cuestión.¹⁸⁴

Luego se desarrollan en la Guía los requisitos para acceder a la delación compensada, los cuales se cumplen principalmente declarando cumplir los requisitos establecidos en la ley, incluyendo como ya fue mencionado, la mención *praeter legem* de “*el reconocimiento de la ejecución de una conducta de las previstas en la letra a) del artículo 3° del DL 211*”. Dichos requisitos deben ser cumplidos en la Reunión de entrega de antecedentes, excepto el hecho de “*no haber sido el organizador de la conducta colusoria, coaccionando a los demás a participar en ella*”, el cuál será analizado por el Tribunal en el pronunciamiento de fondo.¹⁸⁵

Se explicita que se podrá optar al beneficio cuando exista una investigación en curso sobre los mismos hechos en el mercado respectivo, inclusive habiendo solicitado o ejercido las medidas intrusivas contempladas en el artículo 39 n) del DL 211.¹⁸⁶

Uno de los requisitos que debe cumplir el solicitante, es que sus antecedentes entregados sean precisos, veraces y comprobables y representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba para fundar un requerimiento ante el TDLC, lo cual se entenderá cuando tienen la aptitud de acreditar la existencia de una colusión o cuando permite a la Fiscalía justificar el ejercicio de cualquiera de las facultades señaladas en la letra n) del artículo 39 del DL 211. Considerando a modo ejemplar como dichos antecedentes a una declaración escrita o verbal que confiese la participación en la colusión, describiéndola;

¹⁸² FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía interna sobre beneficios de exención y reducción de multas en casos de colusión*, (s. l., 2009) puntos 16 y 17, p. 6.

¹⁸³ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, cit. (n. 1) p. 11.

¹⁸⁴ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía interna sobre beneficios de exención y reducción de multas en casos de colusión* cit. (n. 182) puntos 20-23, pp. 6-7.

¹⁸⁵ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía interna sobre beneficios de exención y reducción de multas en casos de colusión* cit. (n. 182) punto 24, pp. 7-8.

¹⁸⁶ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía interna sobre beneficios de exención y reducción de multas en casos de colusión* cit. (n. 182) punto 28, pp. 8.

actas de directorio, minutas, correos en que se aluda a la existencia; estudios informes, estadísticas, etc.¹⁸⁷

El Fiscal deberá ponderar los antecedentes entregados, para corroborar la concurrencia de los requisitos de la delación compensada, en específico, el recién mencionado de precisión, veracidad y comprobabilidad de los antecedentes, teniendo un plazo de 30 días hábiles desde la fecha de la reunión. Llama la atención el hecho que se establezca que el Fiscal puede omitir de la evaluación, antecedentes que considere fueron obtenidos en violación de garantías fundamentales, pues es una calificación jurídica que generalmente se le entrega a los tribunales, pero se entiende como un medio de prevenir la vulneración de garantías constitucionales de terceros, por parte de los postulantes.¹⁸⁸

Dicha evaluación si resulta favorable para el postulante, concluye con un oficio de conformidad, el cual comunica al Solicitante la clase de beneficio que la Fiscalía solicitará, en caso de presentar requerimiento. Respecto del oficio de conformidad, cabe agregar que en esta regulación, su efecto es habilitar al Fiscal para traspasar los antecedentes a las áreas de investigación.¹⁸⁹

En caso de remitirse un oficio de disconformidad y habiendo transcurrido el plazo para interponer el recurso de reposición, o que este haya sido rechazado, se notificará la disponibilidad del beneficio de eximición a quien ocupaba segundo lugar. Lo cual automáticamente convierte a quien esté en tercer lugar, en ocupante del segundo lugar, y así sucesivamente con los siguientes, pero esto no será informado hasta que ocupen el primer lugar. El solicitante que recibe el oficio de disconformidad puede presentar solicitudes nuevamente, mientras no se haya presentado requerimiento ante el TDLC.¹⁹⁰

Sobre el beneficio de reducción, este se analiza sólo luego del oficio de conformidad del primer postulante, el solicitante deberá cumplir con el requisito de aportar antecedentes adicionales, que como ya fue desarrollado en este trabajo, se premian con un máximo de 50% de reducción de multa, porcentaje que se determinará en concreto, de manera decreciente entre el segundo, tercero, cuarto y sucesivos beneficiarios; considerando criterios discrecionales, entre los que señala a modo ejemplar en la Guía: la proximidad temporal respecto de la primera solicitud, la mayor aportación de antecedentes adicionales a los entregados por el primer solicitante, y el provecho de los antecedentes para otras investigaciones. Dicha discrecionalidad resultaba bastante criticable a la luz de la necesaria transparencia y certeza a la hora de configurar un sistema de *leniency*.¹⁹¹⁻¹⁹²

¹⁸⁷ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía interna sobre beneficios de exención y reducción de multas en casos de colusión* cit. (n. 182), puntos 27-28, pp. 8-9.

¹⁸⁸ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía interna sobre beneficios de exención y reducción de multas en casos de colusión* cit. (n. 182), puntos 39-41, p. 11.

¹⁸⁹ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía interna sobre beneficios de exención y reducción de multas en casos de colusión* cit. (n. 182) punto 44, pp.11-12.

¹⁹⁰ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía interna sobre beneficios de exención y reducción de multas en casos de colusión* cit. (n. 182) puntos 45-50, p. 12.

¹⁹¹ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, cit. (n. 1), p. 6-7.

¹⁹² FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía interna sobre beneficios de exención y reducción de multas en casos de colusión* cit. (n. 182), puntos 32-36, 51, pp. 10, 12.

Se establece un deber de reserva para los funcionarios del órgano persecutor económico acerca de las actuaciones a que dé lugar el procedimiento de postulación a delación compensada, el cual conlleva incluso la restitución y eliminación de cualquier copia de los antecedentes entregados en caso de no prosperar la tramitación del beneficio, sin hacer distinción en que la causa sea desistimiento, no cumplimiento de requisitos o revocación, lo cual de paso imposibilitará a utilizar la información proveniente de dichos antecedentes en investigaciones presentes o futuras a menos que ella se obtenga en forma diversa.¹⁹³

El requerimiento es el documento en el cual se consignan oficialmente los beneficios que correspondan al solicitante, tanto del beneficio de exención como del de reducción de multa. Y el alcance del beneficio es la imposibilidad del TDLC posterior a dar por acreditada la conducta ilícita, de imponer una multa al acreedor de la exención y una multa superior a la solicitada a los acreedores de reducción, salvo que se haya probado en el proceso judicial que dicho acreedor fue el organizador de la conducta coaccionando a los demás a participar en ella.¹⁹⁴

Los principales problemas que podemos encontrar en esta regulación son: la ausencia de un sistema de consultas hipotéticas, el cual se utiliza en otras regulaciones para conocer la disponibilidad del beneficio, sin revelar la identidad de quien consulta; la ausencia del desistimiento del solicitante; la ausencia de funcionarios encargados exclusivamente de conocer de las postulaciones a delación compensada, lo cual impide que antecedentes provenientes de postulaciones rechazadas o desistidas permanezcan en poder de la FNE; la carencia de un procedimiento de postulación verbal; la falta de una necesaria posibilidad de renunciar al deber de no comunicar la postulación, lo cual es particularmente sensible en casos de cárteles internacionales; la necesidad de proporcionar un reconocimiento escrito de la ejecución de la conducta colusoria; la no existencia del beneficio de *amnesty plus*; entre otros.

b) Guía de 2017.

En marzo de 2017 es dictada la *Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión*¹⁹⁵, el cuál es el resultado de un trabajo de alrededor de tres años, proceso en el que se dictaron tres borradores de Guía, uno el 2014¹⁹⁶, otro el 2015¹⁹⁷, y una última el 2016¹⁹⁸,

¹⁹³ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía interna sobre beneficios de exención y reducción de multas en casos de colusión* cit. (n. 182) puntos 13-15, p. 5.

¹⁹⁴ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía interna sobre beneficios de exención y reducción de multas en casos de colusión* cit. (n. 182), puntos 53-55, p. 13.

¹⁹⁵ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión* (Santiago, 2017)

¹⁹⁶ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía Interna sobre delación compensada. Versión preliminar para consulta pública* (s. l., 2014) [visible en internet: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2015/01/Gu%C3%ADa-Interna-sobre-Delaci%C3%B3n-Compensada.pdf>]

¹⁹⁷ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión* (s. l., 2015) [visible en internet: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2015/10/Gu%C3%ADa-Interna-sobre-Delaci%C3%B3n-Compensada-segunda-version.pdf>]

¹⁹⁸ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión* (s. l., 2016) [visible en internet: <http://www.fne.gob.cl/2016/10/28/fne-pone-en-consulta-tercer-y-ultimo-borrador-de-la-nueva-guia-de-delacion-compensada>]

para la cual la FNE se retroalimentó mediante consultas posteriores a cada borrador, y además se remitieron comentarios de importantes asociaciones de abogados, como la *American Bar Association*¹⁹⁹, la *International Bar Association*²⁰⁰, y el *Colegio de Abogados de Chile*.²⁰¹

Como resultado de dicha pública discusión, se observan un gran número de reformas que vienen a salvar ciertos inconvenientes del programa de delación compensada de la Guía pasada.

De manera general, es dable resaltar la separación que se hace de la solicitud del beneficio de la solicitud del indicador de postulación, lo cual mejora el sistema de marcadores, pues permite el desistimiento del solicitante y el rechazo por parte de la FNE, ambas situaciones que generan la devolución de los antecedentes²⁰². Se resguarda al postulante su posibilidad de marginarse del procedimiento de delación compensada por no hallar en él beneficios, o por no poder cumplir los requisitos legales, ya que, luego de solicitado el beneficio, y otorgado, su revocación hace mantener en poder de la FNE los antecedentes aportados, y permite que estos sean usados en juicio, lo que sería una sanción interna del procedimiento para un no cooperador.²⁰³

Dentro de las reformas más importantes es relevante además señalar primero la posibilidad de realizar consultas hipotéticas²⁰⁴, mediante las cuáles el solicitante cerciora la disponibilidad del beneficio, lo cual elimina cierto grado de incertidumbre, que según la experiencia internacional, inhibe la postulación a delación compensada²⁰⁵. Pudiéndose lo más, que sería una consulta hipotética, se habilita lo menos, que sería la derecha solicitud del beneficio saltándose todas las etapas anteriores.

En segundo lugar, se añade un funcionario encargado de la postulación a la delación compensada, lo cual facilita las consultas hipotéticas y en general las solicitudes que se habilitan para realizarse vía electrónica y telefónica también. Además de este funcionario, se estatuye un equipo de delación compensada, el cual se encarga de entregar orientación técnica al postulante, analizando los antecedentes y declaraciones aportadas.²⁰⁶ La existencia de ambos nuevos funcionario y grupo de funcionarios, lo que busca es separar

¹⁹⁹AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Comments of the ABA sections of antitrust law and international law on the public consultation version of the guidelines on leniency in cartel cases in Chile published by Fiscalía Nacional Económica* (s. l., 2015) [visible en internet:

https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_comments_20150227chile.authcheckdam.pdf]

²⁰⁰INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *IBA cartels working group comments on the public consultation version of the guidelines on leniency in cartel cases published by the Fiscalía Nacional Económica (FNE) – Chile* (s. l., 2015) [visible en internet:

<http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=2FBB0ED8-CB09-4916-BBA5-96324ED9A144>]

²⁰¹COLEGIO DE ABOGADOS, *Comentarios a la versión preliminar de la “Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión”* (s. l., 2015) [visible en internet:

<http://www.abogados.cl/docsup/205700001425563250.PDF>]

²⁰²FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión*, cit. (n. 195) puntos 19-21, 60-67 pp. 11-13, 22-24

²⁰³INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, cit. (n. 1), p. 5-6

²⁰⁴FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión*, cit. (n. 195) puntos 26-30, pp. 13-14.

²⁰⁵INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, cit. (n. 1), pp. 6-7.

²⁰⁶FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión*, cit. (n. 195) puntos 19-22, pp. 11-13.

el ámbito del otorgamiento del beneficio, del ámbito de investigación de los ilícitos a la libre competencia, con el objetivo de que en caso de desistimiento o rechazo de la solicitud, la entrega de los documentos efectivamente importe una pérdida por parte de la FNE de los antecedentes y evidencia entregadas.

En tercer orden, se entrega mayor claridad en cuanto a las reducciones de multa, beneficio, que de paso, por mandato de la ley 20.945 se restringe sólo al segundo postulante que cumpla con los requisitos comunes a la exención y reducción, y aporte antecedentes adicionales. Dicha claridad viene dada por el criterio empleado para graduar la reducción, el aporte de elementos probatorios, los cuales al ser suficientes para interponer un requerimiento sólo en base de ellos, la rebaja será de entre un 40 y 50%; cuando los antecedentes complementan significativamente los antecedentes presentados por el primer delator, el rango de la multa será de entre un 20 y un 40%; y si complementan los entregados por el primer delator, el rango no superará el 20%.²⁰⁷ Además respecto a dichos antecedentes se establece que el estándar para determinar si los antecedentes constituyen un aporte efectivo será distinto si existe una investigación abierta o no. Lo cual es un estímulo más a delatar de manera pronta, por temor a que se haya iniciado una investigación, lo cual hace más difícil el cumplimiento de los requisitos de la delación compensada.

En cuarto lugar, la nueva Guía añade la ya mencionada *amnesty plus*²⁰⁸, que aplica al solicitante que no pueda cumplir con los requisitos de la exención por no ocupar el primer lugar entre los postulantes, por lo que al delatar la existencia de otra conducta colusoria distinta de la primera, obtiene la reducción máxima de la multa de la primera conducta, y la exención de la multa de la segunda conducta.

En quinto lugar, se simplifica la solicitud del indicador de postulación, no debiendo acreditarse el cumplimiento de los requisitos de la delación compensada, y además habilitándose la postulación verbal e incluso en inglés, lo cual se da en casos calificados, ejemplificados por los carteles internacionales complejos.²⁰⁹ Última situación, que viene a solucionar ciertas inquietudes planteadas por la IBA y la ABA, sobre la posibilidad de exposición a demandas civiles en base a las confesiones escritas que se dan en un procedimiento netamente escrito.²¹⁰

En sexto lugar, se especifican los efectos y alcance de la postulación de una persona jurídica y una persona natural a dicho procedimiento, siendo de gran relevancia, el alcance que se da al beneficio otorgado a una persona jurídica, el cual abarca a todas las personas jurídicas listadas por éste en su Solicitud de Beneficios, y todos sus empleados y asesores actuales y pasados, sin que sea necesario precisar sus nombres²¹¹, a diferencia de dicha

²⁰⁷ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión*, cit. (n. 195) punto 6, p. 8.

²⁰⁸ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión*, cit. (n. 195) punto 7, p. 8.

²⁰⁹ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión*, cit. (n. 195) punto 52, p. 19.

²¹⁰ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, cit. (n. 186), pp. 11-13. Y en AMERICAN BAR ASSOCIATION, cit. (n. 185), pp. 6-8.

²¹¹ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión*, cit. (n. 195) punto 14-17, p. 10-11.

exigencia realizada en la Guía de 2009, en la cual sólo se le otorgaba el beneficio a las personas individualizadas en la solicitud. Esta precisión fue hecha tras la recomendación de la ABA.²¹²

Como consecuencia obvia y necesaria de la criminalización de la conducta colusoria, se extiende el deber de proporcionar antecedentes, al ámbito penal, tanto al Ministerio Público, como al tribunal competente.²¹³

Ya en séptimo lugar, se desarrolla en qué consiste el deber de abstenerse de divulgar la solicitud, ya no consistiendo en poner en conocimiento del público, sino que de un tercero, vedándose la divulgación explícita, como también la divulgación de ciertos elementos que permitan razonablemente inferir la solicitud del beneficio, pudiendo autorizar la FNE, previamente y por escrito, la divulgación, ya no sólo basándose en supuestos legales.²¹⁴

En octavo lugar, se añade la suspensión del plazo para presentar la solicitud de beneficios, hasta que se resuelvan aquellas de los postulantes con indicadores de postulación que le precedan, lo cual permite al segundo y siguientes postulantes, tomar conocimiento de la aceptación o rechazo de las anteriores postulaciones con tiempo suficiente para preparar sus propias solicitudes o desistirse del procedimiento.²¹⁵

Y por último, se añade la posibilidad de modificar la solicitud de beneficios, siempre que existan motivos fundados, habiendo mérito suficiente previa calificación del Fiscal.²¹⁶

Podemos concluir respecto a la segunda guía, que el arduo trabajo de varios años y las numerosas consultas ayudaron a adecuar más el programa de delación compensada a uno que cumpla los estándares que plantea la ICN en esta materia, aquellos estándares que esperan los entes miembros de cárteles para acercarse a la FNE a delatar con las garantías de un procedimiento.

V. CONCLUSIONES

Tras realizar la investigación y el análisis de los datos vertidos en este trabajo, podemos constatar que existe una necesidad de proteger a los competidores y los consumidores en un mercado en crecimiento como el chileno, para lo cual es necesaria la existencia de una herramienta como la delación compensada. Pero dicha afirmación debe ser realizada con alcances, pues un sistema de prohibición e inhibición de acuerdos colusorios no puede depender exclusivamente de *leniency*, sino que debe complementarse con labores proactivas por parte de nuestra FNE, las cuales puede llevar a cabo, por ejemplo, mediante *screenings*, siendo su desarrollo y mejoría una labor entregada a la propia agencia de libre competencia, lo cual, dicho sea de paso, excede lo que es materia de este escrito.

Pudimos apreciar además una importante mejoría en el sistema actual de delación compensada, ya que las reformas fueron hechas en los elementos indicados: el nuevo cálculo de las multas y la existencia del presidio e inhabilitaciones especiales, eleva las

²¹² AMERICAN BAR ASSOCIATION, cit. (n. 185), pp. 8-9

²¹³ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión*, cit. (n. 195) punto 79, p. 26.

²¹⁴ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión*, cit. (n. 195) punto 12, p. 10.

²¹⁵ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión*, cit. (n. 195) punto 45, p. 17.

²¹⁶ Punto 71, p. 25.

sanciones a una categoría de severidad suficiente para ser el estímulo anhelado por un órgano de libre competencia; la *amnesty plus* o delación compensada aumentada y la posibilidad mayor de que se dé una *carrera hacia los tribunales*, tanto entre los competidores, cómo entre la empresa y sus empleados permiten una percepción de temor por parte de los destinatarios de la norma; y las nuevas reformas en algunos requisitos de la delación compensada, pero principalmente en la *Guía Interna* que regula su procedimiento, acercaron más la delación compensada a los estándares internacionales de transparencia y certeza en su otorgación.

Pero una lección nos deja la regulación de la delación compensada en ordenamientos comparados, y es que la configuración de una adecuada delación compensada es el resultado de un constante trabajo, que probablemente no se agotará con la reciente reforma legal, pues primero debemos estar alerta a los resultados de esta regulación, para luego plantear las reformas venideras.