

UNIVERSIDAD DE ATACAMA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
CARRERA DE DERECHO

**“Delación compensada: Afectación a la libre competencia en
la reiteración de los actos colusorios”**

ANA PAZ TASSARA GÓMEZ

Tesis elaborada conforme a las normas para obtener el grado de Licenciada en
Ciencias Jurídicas y Sociales dirigida por la profesora Dra. doña Gabriela Prado
Prado

2024

Notas

Tesis escrita	5,7
Presentación oral	5,9

Agradecimientos

Me sería imposible caminar en esta vida en solitario y sin fe, por lo que agradezco que en cada etapa de mi vida y de este proceso universitario he sido acompañada y guiada por quien su conocimiento es más alto que el mío, no puedo dejar de agradecer a mi familia que la conforman no solo con quien comparto lazos sanguíneos sino más bien quienes son personajes recurrentes en mi vida y participan de manera influyente en alegrías y tristezas.

Índice

Introducción.....	4
I. CAPÍTULO PRIMERO: La delación compensada como mecanismo jurídico de protección de la libre competencia.	
1. Aspectos conceptuales relevantes para esta tesis.....	8
2. Origen y aplicación en el régimen de libre competencia en Chile	14
3. La libre competencia como bien jurídico protegido.....	18
II. CAPÍTULO SEGUNDO: Análisis de la aplicación de la delación compensada en Chile.	
1. Requisitos para la aplicación de la delación compensada.....	23
2. Procedimiento previsto en la legislación para aplicar la delación compensada....	25
3. Aplicación práctica de la delación compensada en Chile. Algunos casos relevantes.....	28
4. Análisis de algunas figuras relevantes de derecho comparado.....	33
5. Análisis crítico de las reglas para la obtención del beneficio y propuesta.....	39
Conclusiones	46
Bibliografía	49

Introducción

La presente tesis tiene por objeto describir el mecanismo de la delación compensada, así también establecer la necesidad y posibilidad de incluir nuevos criterios en la obtención del beneficio en relación con la reiteración de actos colusorios y su afectación de la libre competencia. Se tratará un aspecto relativamente nuevo de nuestra legislación de libre competencia que provoca cierta inquietud en la sociedad por el sentimiento de impunidad que despiertan los beneficios a los que acceden quienes han cometido actos colusivos, dañando a competidores y consumidores sin que reciban una sanción por su conducta. Esto sin duda ha generado malestar al saber que quienes se coluden pueden optar a eximirse de multas a través de este mecanismo. No obstante, el propósito de esta tesis es abordar la problemática jurídica respecto a la delación compensada, por lo que dichas sensaciones o malestar no es el objeto de este trabajo, sin embargo, también está presente como parte del problema y motiva el análisis que se propone para mejorar los mecanismos de la delación compensada que existen actualmente.

En suma, este trabajo abordará la delación compensada como mecanismo jurídico útil para acreditar la existencia de acuerdos colusorios, realizando un análisis de las disposiciones que lo contemplan, así como de su aplicación jurisprudencial. La metodología empleada en este trabajo corresponde a un análisis dogmático de las fuentes formales que contemplan las figuras jurídicas analizadas, así como la consulta a Doctrina, jurisprudencia relevante y algunas figuras de derecho comparado.

Esta tesis abarca dos capítulos, los cuales versarán de distintas aristas de la delación compensada y con ello podremos tener una mirada más amplia del tema y relacionar mucho mejor la problemática con la posible solución que será explicada en las conclusiones de este trabajo de investigación.

Para cumplir a cabalidad con el objetivo antes mencionado primero se abordarán conceptualmente los términos relevantes para este estudio, como el concepto de colusión y cártel, pero principalmente el concepto de delación compensada. Junto a ello se dará a entender a cabalidad que es la libre competencia, así también como los actos colusorios y la reiteración de estos afecta este derecho o principio, razón por la cual nos auxiliaremos de conceptos e ejemplificaciones con los cuales se comprenderá en su totalidad de que tratan y a que refieren con el fin de seguir desarrollando la idea principal de esta tesis. Con todo, en esta parte de la tesis se contextualizará el área de dominio e hipótesis de la misma, para ello se determinará que es la delación compensada y en que consiste este mecanismo, a través de su concepto y funcionamiento, de igual forma se establecerá su origen y procedencia lo que nos permitirá acercarnos tanto al concepto como en la idea general que generó el mecanismo. Lo que se pretende es adquirir una base de conocimiento sobre la cual se pudo edificar esta investigación, empleando una metodología de investigación de método descriptivo.

En adición a lo anteriormente señalado como segundo capítulo de esta tesis se determinará cuál ha sido la aplicación de la delación compensada en Chile, en cuanto a su procedimiento general y a qué casos se aplica. Aquello nos permitirá obtener un panorama de lo que hoy en día está presente en la legislación para situar nuestra problemática y asentarnos en lo que ya está dispuesto y así poder vislumbrar la presencia o ausencia de lo que se requiere y la urgencia o necesidad de incluir algo a la normativa que regula este beneficio.

Así también haremos uso de aquellos casos en los que se ha utilizado delación compensada, mediante el análisis de jurisprudencia, a través de sentencias del Tribunal de la Libre Competencia y de la Corte Suprema, para obtener un panorama más específico del funcionamiento de este mecanismo, superando los análisis teóricos para acercarnos a un análisis práctico y en base a todo aquello anteriormente mencionado se podrá establecer la insuficiencia de los actuales criterios, aproximándonos a la verificación de la necesidad de instaurar o formular nuevos criterios para la obtención

de la delación compensada, entendiendo que para llegar a esta convicción se deben evaluar los diversos factores que se expondrán en este apartado del capítulo segundo.

Concluiremos esta segunda parte de la tesis realizando un breve análisis del impacto que tiene la delación compensada en el derecho de libre competencia en relación a qué aspectos se ven afectados por la obtención de los beneficios que la delación compensada contempla para quienes se coluden y luego se acogen a ella cumpliendo con los tres requisitos que establece la norma. De esta manera se explicará lo que ocurre cuando se está frente a la hipótesis planteada respecto de reiteración de actos colusorios, ya sea antes de la obtención o incluso si el infractor planea volver a obtener el beneficio ya habiendo obtenido los beneficios de la delación compensada y reiterando su actuación colusiva posteriormente.

En esta etapa final, se darán a conocer los requisitos y criterios de la delación compensada a fin de comprender qué es lo que está normado y divisar cuáles son las carencias de aquellos criterios de obtención, para luego ya situados en el problema y de manera fundada apreciar si existe la necesidad de incluir nuevos criterios en la delación compensada. En este sentido, se propondrán ejemplos de cuáles podrían ser los nuevos criterios que deberían incluirse a modo de propuesta para auxiliar a un mejor funcionamiento de este mecanismo cumpliendo el objetivo principal de la presente tesis. En las explicaciones de este segundo capítulo se señalará que existen otras hipótesis distintas a la que se plantea, con el fin de ilustrar que no es un falso problema o uno que ya está resuelto.

El enfoque de la propuesta de criterios será de prevención de futuras complicaciones o afectaciones a la libre competencia recordando la importancia de este derecho y haciendo una revisión de la relación de este con el beneficio de la delación compensada.

Finalmente, se presentan las conclusiones de este trabajo en que se dará cuenta de los resultados obtenidos a lo largo de la investigación, donde podremos vislumbrar cómo las hipótesis han sido acertadas o no. Tales conclusiones señalarán si se generó convicción o no de la necesidad de nuevos criterios y expresarán así también como es

el procedimiento y su eficacia, del mismo modo si es necesaria la presencia de la delación compensada en nuestro sistema jurídico en Chile, dicho análisis se realizará ponderando ventajas y desventajas a fin de demostrar en punto que se quiere proponer.

Las conclusiones podrían ser un tanto críticas ya que la hipótesis general de esta tesis plantea una carencia en lo establecido en la regulación, un vacío en la norma o un no reconocimiento de uno o dos criterios de obtención importante y que resguardan la libre competencia, cuyo análisis y resultados serán desarrollados al final de esta tesis, ya habiendo utilizado las metodologías de investigación necesarias para cada capítulo y habiendo sentado las bases de conocimiento para las exposiciones de este trabajo de investigación, a partir de las cuales se podrá ofrecer un resumen conclusivo de la situación en cuestión con las respuestas a las interrogantes que surgieron durante la elaboración de esta tesis.

Capítulo primero: La delación compensada como mecanismo jurídico de protección de la libre competencia.

1. Aspectos conceptuales previos relevantes para esta tesis.

Para comprender a cabalidad el tema del cual es objeto esta tesis, se deberá establecer unos conceptos previos respecto a aquello que rodea y representa el contexto de nuestro tema de interés. Para ello, nos situamos en el derecho económico con respecto al tema, disciplina que entendemos como “un conjunto de normas jurídicas relacionadas entre sí, no solo con arreglo a simples criterios de jerarquía, sino también en función de la estructura del sistema económico y de la conexión y relaciones de dependencia entre los distintos sectores del sistema”¹

De igual forma hay autores que señalan otras definiciones tales como “Tras la búsqueda de contenido del Derecho Público de la Economía, el autor parte definiendo Derecho Económico, como una materia interdisciplinar, de la que forman parte sectores del ordenamiento como el Derecho de la regulación de mercados, el Derecho de la competencia, el Derecho de la protección de los consumidores, o el Derecho de la protección del medio ambiente. Sectores del ordenamiento jurídico que no pertenecen en exclusiva ni al Derecho Público ni al Derecho Privado, sino que deben ser analizados desde ambos puntos de vista, que inevitablemente se complementan. A su turno, el Derecho Público de la Economía se compone de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo, y centra su atención en la intervención del poder público en la economía, y su objetivo es buscar un equilibrio entre intervención (para asegurar un mínimo vital a todos los ciudadanos, es decir, seguridad, asistencia y protección frente a los abusos del poder económico, y confianza frente a las defraudaciones de los sujetos participantes en el mercado) y libertad (para elegir entre las opciones diversas de bienes y servicios en función de su calidad y su coste), a fin de evitar los extremos de un

¹ VILLA ORREGO Hernán “El derecho económico y su papel como agente vinculante de la sociedad y la naturaleza en la perspectiva de un desarrollo integral”, 2017
http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302017000100049

intervencionismo excesivo (que ahogue la iniciativa privada) o de un abuso de poder económico (que perjudique los intereses de los consumidores, del medio ambiente o el Estado Social).”²

Aún con estos conceptos, podemos entender que el derecho económico es bastante amplio, por lo que se dificulta delimitarlo en una cantidad específica de palabras o un par de líneas, no obstante teniendo presente esta noción y este contexto surge la interrogante ¿Qué es la delación compensada? para poder responder de una manera adecuada se debe señalar que dado a que no es solo un ámbito de aplicación en el cual está presente, existen diversos conceptos, algunos de los cuales serán señalados a continuación.

El concepto puede referir a la faz de la finalidad que tiene la delación compensada “Quien se coluda se expone a sanciones administrativas y penales, incluida la privación de libertad. La delación compensada exime de dichas sanciones, o las reduce. Para acceder a estos beneficios, quien ha intervenido en una colusión debe aportar a la autoridad antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.”³ Al analizar un poco más a fondo este concepto se puede indicar que no solo refiere al objetivo de la delación compensada, sino que nos sitúa en la situación que debe darse para poder hacer presente este beneficio al indicar “quien se coluda” es decir quien incurra en un acto colusorio, en adición, este concepto proporciona también las consecuencias que trae esta colusión, al referirse a las sanciones y al mecanismo del cual es objeto esta tesis, cuyo beneficio exime de tales consecuencias.

Otros conceptos se refieren a la delación compensada dando más énfasis en su funcionalidad señalando que “Es una herramienta de persecución administrativa y

² RIVERO ORTEGA Ricardo Introducción al Derecho, Edit. Ratio Legis, 1999, Salamanca, 155 Páginas https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200026

³ Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión. Fiscalía Nacional Económica (FNE), Santiago, Chile. 27 de marzo de 2017. https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia_Delacion_Compensada.pdf

criminal con que cuenta el Estado para una efectiva detección, sanción y disuasión de ilícitos. Supone una exención o atenuación de responsabilidad para quien, habiendo participado en la comisión de un ilícito en conjunto con otros, preste colaboración efectiva a las autoridades, que resulte indispensable para la persecución de los demás participantes”⁴.

En este orden de ideas y siempre en el ámbito conceptual, la delación compensada se puede definir en el ámbito de competencia como “La concesión de inmunidad de las penas o la reducción de estas para las infracciones a la competencia, a cambio de la cooperación con las autoridades de competencia”⁵. Si bien todos los conceptos antes señalados son correctos, para efectos de esta tesis este último parece ser el más afín al área de dominio.

No obstante, otra forma de definir y un concepto que podemos proporcionar es referirnos a la delación compensada como un mecanismo utilizado para lograr desmantelar carteles, que consiste en el otorgamiento de un beneficio mediante el cual quien participa de actos colusorios puede eximir o rebajar la multa que debiese recibir siempre y cuando cumplan con ciertos requisitos, los cuales varían dependiendo del país en el que se esté ejecutando.

Respecto de lo anterior al señalar los carteles como un elemento del concepto de delación debemos comprender que se entiende por cártel. A este respecto, cuando se habla de carteles estos se pueden definir como un conjunto de empresas de un mismo sector que trabajan juntas para fijar precios y/o repartir la demanda. Estos arreglos son perjudiciales para una economía de mercado, ya que socavan las ventajas de la

⁴ Ministerio de hacienda, Delación Compensada como herramienta de persecución de ilícitos de la ley de Mercado de Valores, consulta: 07 de julio 2024
<https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTIPO=DOCUMENTOCOMUNICACIONCUENTA&prmID=16605>

⁵ Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice Wouter P.J. Wils, D. Schmidtchen, M. Albert and S. Voigt (eds), *The More Economic Approach to European Competition Law*, *Conferences on New Political Economy* 24 (Mohr Siebeck, 2007), pp. 203-248
http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=456087

competencia, las cuales permiten a los consumidores acceder a precios más bajos, mayor variedad y mejor calidad en los productos y servicios. Su objetivo es captar y redistribuir los beneficios que, de otro modo, se dispararían por la competencia y las decisiones independientes de las empresas.

Siguiendo a la doctrina sobre esta materia, para efectos de esta tesis, ha de entenderse que “el cártel es un delito de carácter colectivo, es decir, requiere la participación de más de un agente para que pueda realizarse. Además, es dinámico, pues el mecanismo que induce a sus miembros a mantener la colusión es el beneficio derivado de la continua cooperación entre ellos. Para que una empresa desee formar parte de un cártel se deben cumplir dos condiciones: i) que le sea beneficioso en términos netos unirse al cártel y ii) que no existan incentivos a desviarse del acuerdo colusivo, es decir que los beneficios de largo plazo de la cooperación superen las ganancias inmediatas de actuar individualmente. En el lenguaje económico la primera condición se conoce como restricción de participación y a la segunda se le denomina restricción de compatibilidad de incentivos.”⁶

Del concepto e idea principal se puede desprender esta confianza y seguridad que existe entre los individuos que conforman el cartel lo cual posibilita ejercer actos colusorios.

A lo anterior, hay que agregar que “los cárteles perjudican a los consumidores y tienen nefastas repercusiones en la eficacia económica. Un cártel operativo conlleva un incremento de los precios por encima del nivel de competencia y una reducción de la producción; ante esto, los consumidores sólo pueden negarse a pagar el elevado precio de algunos, o de la totalidad, de los productos controlados por el cártel y que ellos desean, renunciando, por lo tanto, a dichos productos, o bien pagar el precio fijado por el cártel, enriqueciendo, así, sin saberlo, a los miembros del cártel. Además, los cárteles protegen a sus miembros de los riesgos derivados del juego de las fuerzas de mercado

⁶ GONZÁLEZ Aldo “Los programas de delación compensada para la persecución de los cárteles. Una revisión de la bibliografía”, https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448718X2008000300779&lang=es

y, de esta forma, éstos se ven libres de las presiones que deberían impulsarlos a reducir los costes y a innovar.”⁷

Siguiendo estas aproximaciones conceptuales, junto a lo anteriormente expuesto tanto en lo referido al concepto de delación como de la definición de cartel surge la interrogante ¿Qué es la colusión? Lo primero que podemos señalar es que la colusión es la transgresión más nociva para la libre competencia, ya que tiene la capacidad de elevar los precios y disminuir la disponibilidad, variedad y calidad de los bienes y servicios en un mercado particular. Conceptualmente, la colusión refiere a establecer o gestionar un acuerdo entre dos o más competidores para fijar precios de venta o compra de productos o servicios en uno o más mercados; restringir su producción o suministro; repartir, asignar o dividir áreas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por entidades públicas, empresas privadas que prestan servicios públicos, o instituciones gubernamentales.

Podemos entender la colusión a través de otro tipo de definiciones tales como: “En cuanto a la colusión, se indica que se considerará como tal cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o que tienda a producir dichos efectos en los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos que confieran poder de mercado y consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.”⁸

Respecto de la colusión existe un concepto legal en el artículo 3 letra a DL 211 “- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención

⁷ Overview Using Leniency to Fight Hard Core Cartels Resumen Utilizar la clemencia para luchar contra los cárteles <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264174993-sum-es.pdf?expires=1734074293&id=id&accname=guest&checksum=59A7F84C4F69F9FE3966A92B53DA34D8>

⁸ CONTRERAS Roberto, “Nota técnica sobre colusión y regulación”, Revista Chilena de la Economía Y Sociedad, 2016 Consulta: 08 de Julio 2024

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:

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 en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores. ”⁹

En el régimen económico chileno no solo en estos ámbitos vemos la delación compensada, sino que hay otra área en donde está presente otro mecanismo que tiene la misma funcionalidad, pero distinta denominación un ejemplo de aquello es que “Existe una figura similar a la delación compensada en el ámbito de mercado de valores, dice relación de la misma forma a esta dinámica de cooperar delatando de la misma forma aparece este incentivo de exención o rebaja.

⁹ Art. 3 letra a) DL 211. DFL 1 *fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley n°211, de 1973*. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, Chile, 07 marzo de 2005.

El que incurra en una conducta sancionable por la Comisión para el Mercado Financiero se expone a sanciones administrativas y, tratándose de algunas conductas, también a sanciones penales. La colaboración podrá eximir de dichas sanciones, o reducirlas. Para acceder a estos beneficios, quien ha intervenido en alguna de estas conductas debe aportar a la autoridad antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.”¹⁰

Además, existe una figura llamada “delación premiada” similar a la delación compensada la cual se utiliza en casos penales, y el beneficio es una reducción de la pena o exoneración de responsabilidad penal por colaborar en la identificación de otros criminales o actividades ilegales.

Para efectos de esta tesis entenderemos la delación compensada como un mecanismo mediante el cual se obtiene una concesión de inmunidad o disminución de sanciones por violaciones a la libre competencia, a cambio de colaborar con las autoridades competentes.

2. Origen y aplicación de la delación compensada en el régimen de libre competencia en Chile.

Al referirnos al origen de la delación compensada comenzaremos considerando su sentido natural. En cuanto al origen etimológico conviene señalar que la palabra "delación" proviene del latín "delatĭo, -ōnis"¹¹ y se considera un sinónimo de acusación o denuncia¹². Está vinculada a la acción de delatar. En el ámbito jurídico, se define como un aviso confidencial a las autoridades sobre un acto delictivo. Surge como

¹⁰CMF, Política sobre Colaboración del Presunto Infractor, 2018
https://www.cmfchile.cl/sitio/seil/softwaremanual/decom/20180629_Politica_Colaboracion_Presunto_Infractor.pdf

¹¹ ETIMOLOGIAS DE CHILE , Radicación de la palabra delación, consulta:diciembre 2024
<https://etimologias.dechile.net/?delacio.n>

¹²REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, definición de delación
<https://dle.rae.es/delaci%C3%B3n>

respuesta a la necesidad de identificar y desarticular carteles, además de funcionar como un mecanismo disuasivo para su creación.

Es relevante mencionar que esta figura fue inicialmente diseñada para aplicarse de manera restrictiva a delitos graves, como el terrorismo y el tráfico de drogas. En el ámbito de la libre competencia, se utiliza para incentivar que al menos una de las empresas involucradas en la colusión denuncie la situación.

En cuanto al origen en su implementación podemos visualizar que “los primeros antecedentes sobre programas de inmunidad en el derecho comparado se remontan a 1978 en Estados Unidos, primer país en implementar un programa de estas características. Sin embargo, el programa no tuvo muchos resultados sino hasta 1993, cuando la División Antimonopolios del Departamento de Justicia (DOJ) publicó su ‘Política de Clemencia Corporativa’ y su ‘Política de Clemencia para Individuos’. El programa de delación compensada estadounidense solo aplica para los denominados “carteles duros” o ‘hard-core cartels’, eximiendo de toda responsabilidad penal a (i) la primera empresa o (ii) al primer individuo que se acerque al DOJ, siempre que cumplan con ciertos requisitos.”¹³

Respecto a lo que refiere con carteles duros son los que generan daños en el mercado similares a los de un monopolio. Esto incluye: Incremento de precios, por los cuales los consumidores sufren al pagar más debido a la falta de competencia. Así también aumento en los costos de producción en este caso la colusión puede resultar en una menor eficiencia, ya que las empresas carecen de incentivos para mejorar. Otro punto sería la disminución de la innovación lo que refiere a que la ausencia de competencia reduce la presión para desarrollar nuevos productos y mejorar la calidad. En resumen, los carteles duros afectan negativamente la dinámica del mercado, impactando tanto a los consumidores como a la eficiencia de la industria.

¹³ CENTRO COMPETENCIA, delación compensada, S.L, 2020
ver en <https://centrocompetencia.com/delacion-compensada/>

Luego de la implementación en Estados Unidos otras jurisdicciones también generaron programas similares ejemplo de esto es la Unión Europea, que instauró su primer programa de delación compensada en 1996, el cual ha sido actualizado. En este caso el beneficio de la delación compensada se aplica únicamente a carteles y está dirigido exclusivamente a empresas, ya que la Unión Europea no prevé sanciones para los individuos que participen en actos de oclusión. La unión europea refiere sobre su programa de clemencia que, las empresas que provean de información, siendo esta evaluada por su suficiencia, sobre un cártel en el que hayan sido partícipes pueden recibir inmunidad parcial o total frente a las consecuencias.

En cuanto a lo sucedido en Chile “La delación compensada fue introducida en Chile en 2009, tras la entrada en vigencia de la Ley N°20.361 que modificó el DL 211 y nuestro sistema de libre competencia en varios aspectos. Según indica el artículo 39 bis DL 211, el beneficio de delación aplica a los acuerdos colusorios o prácticas concertadas contenidos en el artículo 3 letra a) DL 211.”¹⁴

Parece relevante identificar antes de continuar y tomar conocimiento de las instituciones encargadas de fiscalizar y resolver sobre esta materia de la cual es objeto la presente tesis, con aquello nos referimos a la Fiscalía Nacional Económica (en adelante FNE) y al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC), los cuales definiremos más adelante.

La delación compensada se entiende que es un mecanismo regularmente nuevo en comparación con otros países, el proyecto original que se presentó al Congreso incluía aspectos que no se conservaron en la versión final como por ejemplo a diferencia de lo que establece la Ley 20.361 y el artículo 39 bis vigente, el proyecto inicial no limitaba la exención total de sanciones sólo al primer delator que presentara pruebas, sino que se extendía a aquellos que el Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia

¹⁴ CENTRO COMPETENCIA, delación compensada, S.L, 2020
ver en <https://centrocompetencia.com/delacion-compensada/https://centrocompetencia.com/delacion-compensada/>

determinara en su fallo definitivo, debiendo intervenir la FNE y se debía solicitar en el requerimiento la reducción o exención adecuada. Asimismo, se le otorgaba al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la capacidad de emitir una Instrucción de Carácter General que explicaría este beneficio. El proyecto de ley original, por lo tanto, era más amplio y otorgaba a los acreedores la posibilidad de acceder a este beneficio, quedando bajo la autoridad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Según el proyecto, la información y declaraciones presentadas a la FNE se consideraban “secretas”, resguardadas en un cuaderno accesible únicamente al TDLC. Los “afectados” solo podían acceder a este cuaderno cuando la FNE utilizará la información en su contra o si el TDLC la admitía como prueba. De este modo, el proyecto proponía un balance adecuado entre las pruebas para condenar a los no delatores y su derecho a defensa, respetando principios de debido proceso y limitando el acceso público a terceros distintos del Tribunal, la Fiscalía y el afectado.

En septiembre de 2007, durante la discusión del proyecto en la Comisión de Constitución, el Ejecutivo introdujo una modificación que ajustó la norma a términos similares a los finalmente aprobados, asignando a la FNE la facultad de decidir sobre las exenciones y reducciones.

Como ya hemos señalado la delación compensada es un mecanismo que permite a un acusado recibir beneficios en su pena a cambio de proporcionar información o colaborar con la justicia y es común en el ámbito de la libre competencia para incentivar la denuncia de prácticas anticompetitivas. En base a la legislación extranjera examinada en países como Alemania, Austria, Canadá, Estados Unidos, Irlanda, México y Reino Unido, se puede indicar que el mecanismo es empleado principalmente en el campo de la competencia económica.¹⁵

¹⁵ CAVADA, Juan Pablo. Delación compensada: Chile y legislación extranjera, a.l, septiembre 2016 https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/34362/2/BCN_delacion_compensada_actualizado_2023_2_edit_PA.pdf

En Chile, su uso también se aplica a delitos de terrorismo, lo que demuestra su flexibilidad en la lucha contra crímenes graves. En Estados Unidos, este mecanismo se presenta a través de la negociación de penas (plea bargaining), donde la fiscalía tiene la autoridad para decidir cómo proceder en la acusación. Esto puede incluir ofrecer cargos menores o incluso optar por no acusar al imputado a cambio de su colaboración. Este enfoque, que no requiere la intervención directa del juez, busca facilitar la obtención de testimonios clave que puedan dismantelar redes delictivas.

De esta manera, la delación compensada se convierte en una herramienta crucial para el sistema de justicia, aunque también plantea preguntas sobre el riesgo de abusos en su aplicación.

Respecto de su funcionamiento en cuanto a la colusión y en relación a la Libre Competencia se evaluará la situación con el fin de identificar y sancionar de manera más eficaz las conductas colusorias, el artículo 39 bis del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, que incluye el Decreto Ley N° 211 de 1973, establece disposiciones para la defensa de la libre competencia. Este artículo fue modificado por la Ley N° 20.945 en 2016 y permite, bajo la condición de que el infractor proporcione a la Fiscalía Nacional Económica (FNE) información que ayude a demostrar dicha conducta y a identificar a los responsables, facilitar el proceso de investigación y penalización de las prácticas colusivas.¹⁶

3. La libre competencia como bien jurídico protegido.

Es de gran relevancia para la presente tesis referirnos a la libre competencia como bien jurídico protegido, algunos autores lo señalan como un derecho, otros como un principio, a razón de aquello podemos analizar que si fuese el primero tendríamos que

¹⁶ CAVADA, Juan Pablo. Delación compensada: Chile y legislación extranjera., a.l, septiembre 2016 <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/23258/2/Delaci%C3%B3n%20compensada%20chile%20y%20legislaci%C3%B3n%20extranjera.pdf>

entender que el tal es una facultad concreta que una persona puede ejercer o reclamar, y está respaldado por leyes específicas.

Deberíamos considerarlo principalmente como un derecho objetivo, toda vez que la libre competencia es parte de un ordenamiento jurídico más amplio que busca regular el comportamiento de los actores económicos en el mercado. Desde este enfoque, el derecho de libre competencia establece normas generales que buscan prevenir prácticas restrictivas de la competencia (como el monopolio, los cárteles o el abuso de posición dominante), promoviendo un mercado justo y competitivo para el beneficio de la economía y el bienestar de la sociedad. El derecho de libre competencia también tiene una dimensión subjetiva, ya que los individuos o empresas pueden ejercer este derecho al defenderse de prácticas anticompetitivas o al exigir que se respeten las reglas de competencia, esto significa que, en situaciones donde se vean afectados, las empresas o consumidores tienen la facultad de reclamar y exigir el respeto de sus derechos ante los tribunales o autoridades competentes (como las autoridades de competencia).

En ese sentido diríamos que como derecho la libre competencia conceptualmente es un derecho objetivo; porque es una norma que regula el mercado y la competencia. Sin embargo, las personas o empresas pueden ejercerlo como derechos subjetivos, ya que tienen la capacidad de reclamarlo o defenderlo cuando se vean afectados por prácticas anticompetitivas.

Si señalamos que es un principio lo entenderíamos como una norma general y abstracta que sirve como base para desarrollar otras normas y guiar la interpretación del derecho, realmente si es uno o lo otro no importa tanto como su aplicación, aun con esta visión es sumamente relevante saber a qué nos referimos al hablar de libre competencia, para desarrollar un concepto debemos evaluar algunas definiciones que se señalan a continuación.

Por otra parte, “la libre competencia o antitrust, en tanto, es definida como “una clase de regulación indirecta cuyo objetivo es controlar el ejercicio del poder de mercado en

situaciones en las que dicho control depende de la existencia de varias empresas que compiten entre sí”.¹⁷

La libre competencia tiene estrecha relación con la colusión por cuanto este delito la afecta directamente, podemos ver como en Chile se entiende prohibido coludirse. Al igual que en el caso de las jurisdicciones con mayor tradición en la materia, el Derecho de la Competencia de Chile está estructurado fundamentalmente -desde un punto de vista conductual- sobre la base de una prohibición de colusión entre competidores. La competencia supone que las empresas tomen sus decisiones económicas que recaen sobre variables esenciales de competencia -precio, producción, zonas geográficas donde competir, cuotas de participación de mercado a alcanzar- en forma independiente. Por ello, el Derecho de la Competencia impone a los competidores un deber de comportamiento independiente en el ámbito de la decisión sobre las referidas variables”¹⁸

Muchos autores se han aventurado a hablar de libre competencia, un ejemplo es “Gerber, en tanto, sostiene que “(...) el derecho de la competencia está destinado a proteger el proceso competitivo de las restricciones que pueden afectar su funcionamiento y reducir sus beneficios. Cuando se implementan de manera efectiva, pueden desempeñar un papel importante en el apoyo al proceso competitivo y, por lo tanto, en la maximización de los beneficios que puede brindar”. En un trabajo más reciente, el mismo autor precisa y sintetiza su definición al referirse a derecho de la competencia como: “(...) un dominio general del derecho cuyo objeto es disuadir las restricciones privadas sobre la conducta competitiva”.

Adicionalmente, optando por una estructura más detallada se afirma que “(...) el derecho de la competencia se ocupa de prevenir acuerdos restrictivos entre empresas,

¹⁷ OYARZO HENRIQUEZ John, “Proyecto de ley anti colusión: oportunidades y riesgos en su tramitación, anti-cartel draft bill: opportunities and risks in its negotiation”

¹⁸ FNE, Reflexiones sobre el Derecho De la libre competencia: informes en Derecho Solicitados por la fiscalía nacional económica (2010 - 2017), Santiago,2017

vigilar mercados oligopólicos, prevenir las consecuencias anticompetitivas del ejercicio de un poder sustancial de mercado y prevenir fusiones que conduzcan a concentraciones de poder de mercado con consecuencias anticompetitivas. El derecho de la competencia en la Unión Europea también se refiere a las ayudas estatales, en virtud de las cuales los Estados miembros dan un trato favorable a determinadas empresas”.¹⁹

En Chile la defensa de la libre competencia está estipulado en el Decreto Ley 211. Así vemos en el Artículo 1 que señala “La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados. Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley.”

En cuanto a la conceptualización de la libre competencia pareciese ser un escenario más adverso el desarrollo de una definición sobre que es este derecho, por lo que incluso en los tribunales de justicia no se busca ahondar de gran manera en definir, “la Corte Suprema de Chile es el tribunal que conoce de los fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a través de la interposición del recurso de reclamación, y es en ese contexto en el que se ha recogido el examen de aproximadamente 105 sentencias dictadas por el máximo órgano jurisdiccional, entre los años 2005 a 2021. El estudio de esas decisiones permite concluir que en 73 de ellas no hay intentos de conceptualización o referencias de autores que planteen una definición acerca del derecho de la libre Competencia, en cuanto disciplina. Sin embargo, en las 32 sentencias restantes, en los primeros considerandos (generalmente cuarto, quinto o sexto) la Corte Suprema incorporó una fundamentación más extensa y profunda acerca del funcionamiento y aplicación del Derecho de la libre Competencia, una noción sobre la disciplina o algunos de sus conceptos más básicos. En estos casos, la Corte consideró relevante la cita de algunos autores y sus respectivos conceptos, en tanto que en otras

¹⁹ MARMOLEJO Crispulo “algunas sentencias de la corte suprema que abordan conceptualmente el derecho de la libre competencia” ,diciembre 2022
https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-21502022000200159&lang=es

avanzó con mayor extensión y profundidad en un análisis más detallado de dichas nociones.”²⁰

Respecto de lo anterior podemos observar que durante este artículo científico se hizo un análisis de los autores que citó la Corte suprema, a consideración de este trabajo podemos rescatar conceptos como “La propuesta del profesor Valdés discute acerca del bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico - “la libre competencia”- el cual es de carácter público, y que está inserto en un determinado sistema económico. Conforme al planteamiento de este autor, entonces la libre competencia sería la expresión pública de un principio que está presente en un sistema económico determinado -mercado- y en el cual los ciudadanos ejercen o practican actividades económicas en un contexto de libertad de competencia mercantil, que aparece como una manifestación de carácter privada”²¹.

Además podemos ver una definición que proporciona el “jurista español Joaquín Garrigues, cuyo concepto sobre la disciplina en comento recoge algunas características: (a) que desde el punto de vista económico, la competencia es una lucha o disputa por el cliente; b) que los competidores buscan ser los primeros en un mercado; c) la competencia es un concepto jurídico, aunque los fines sean económicos, estructurado sobre la igualdad jurídica de los competidores”²²

Para efectos de esta tesis lo entenderemos como un campo amplio del derecho cuyo propósito es disuadir las restricciones exclusivas sobre la conducta competitiva. Habiéndose completado un breve análisis de los conceptos más relevantes, en el siguiente capítulo abordaremos la aplicación de la delación compensada en nuestro régimen de protección de la libre competencia.

²⁰ ídem

²¹ MARMOLEJO Crispulo “algunas sentencias de la corte suprema que abordan conceptualmente el derecho de la libre competencia” ,diciembre 2022

https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-21502022000200159

²² Ídem

Capítulo segundo: Análisis de la aplicación de la delación compensada en Chile.

1. Requisitos para la aplicación de la delación compensada.

En cuanto a la aplicación de la delación compensada debemos identificar en qué casos procede y en cuáles no, para ello se debe comprender cuales son los parámetros establecidos, en este caso la regulación de la delación compensada. En cuanto al sustento para la aplicación de este mecanismo señalaremos que “Un sistema de delación compensada eficiente descansa en tres pilares fundamentales:

- (i) la imposición de sanciones de carácter severo;
- (ii) un alto grado de temor en los agentes frente a la posibilidad de ser detectados; y
- (iii) la existencia de transparencia en el cumplimiento de las normas. Para muchos, este último factor, es considerado el más importante de todos”²³

Respecto de los criterios o requisitos de obtención de los beneficios que contempla la delación compensada podemos señalar que en Chile éstos están estipulados y se pueden distinguir el beneficio de exención y de reducción, exigiéndose para cada uno distintos requisitos.

Podemos identificar que el beneficio de exención será para quien sea el primero que aporte información relevante a la FNE sobre conductas descritas en la letra a) del artículo 3 del DL 211, quedará exento de enfrentar las sanciones más graves, como la disolución, las multas y la responsabilidad penal por colusión, con el fin de fomentar la colaboración con la FNE en la identificación y sanción de prácticas anticompetitivas.

De acuerdo a las especificaciones de la FNE, se requiere que el postulante pueda:

²³ CAVADA, Juan Pablo. *Delación compensada: Chile y legislación extranjera*,.a.l, septiembre 2016 https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28129/2/BCN_delacion_compensada_actualizado_2019.pdf

“(1) Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento;

(2) Abstenerse de divulgar la solicitud del beneficio hasta que la FNE haya formulado requerimiento u ordenado archivar los antecedentes de la solicitud, salvo que la FNE haya autorizado expresamente su divulgación; y

(3) Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentada su solicitud de beneficios.”²⁴

Es necesario resaltar que uno de los requisitos importantes de este mecanismo consiste en no haber sido el organizador de la conducta ilícita, coaccionando a los demás a participar del acto colusorio.

Respecto del beneficio de reducción hay que señalar que el segundo candidato que proporcione evidencia a la FNE sobre una conducta descrita en la letra a) del artículo 3 recibirá los siguientes beneficios:

(i) una disminución de hasta un 50% de la sanción que, de no mediar su colaboración, habría sido solicitada;

(ii) una reducción en un grado de la pena por el delito de colusión tipificado en el artículo 62; y

(iii) la exoneración del cumplimiento del año de prisión efectiva establecido en el inciso cuarto del artículo 62, si el requerimiento de la FNE involucra a más de dos competidores y el beneficiario cumple con los criterios establecidos en la Ley N° 18.216 para reemplazar la ejecución de penas privativas o restrictivas de libertad.

²⁴ Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión. Fiscalía Nacional Económica (FNE), Santiago, Chile. 27 de marzo de 2017.

Hay que destacar que lo anteriormente señalado corresponde a los requisitos formales de la delación compensada, no obstante, la evaluación material o real de cada caso para la obtención del beneficio correspondiente quedará en manos y a interpretación de la FNE, quien es la entidad encargada de apreciar los hechos y solicitar al TDLC que los aplique en el caso concreto.

2. Procedimiento previsto en la legislación para aplicar la delación compensada.

Una vez indicados los requisitos para aplicar la delación compensada, corresponde explicar al procedimiento previsto para su implementación. En relación a este punto se puede señalar que si bien la Guía de Delación de la FNE explicita los criterios y lineamientos de trabajo interno que utiliza este organismo para dar aplicación a las exenciones y beneficios del artículo 39 bis del DL 211, y en estricto rigor no es vinculante ni obligatoria para los postulantes y terceros, en la práctica sí lo es, dado que es precisamente la FNE, autora de la Guía, la entidad facultada legalmente para indicar el acreedor de la exención o del beneficio respectivo.

Para comprender a cabalidad lo recién señalado se debe tener una clara noción de la naturaleza jurídica de la FNE, institución que –en función del interés general-, tiene a su cargo los roles de investigador y acusador de las infracciones a la ley, fiscalizador del cumplimiento de las disposiciones de la institucionalidad sancionatoria en esta materia, promotor de la defensa de la competencia y del funcionamiento competitivo de los mercados, y, servir de informante técnico en estas materias”²⁵

Cabe destacar que esta institución tiene como misión la investigación y prosecución de los casos de libre competencia representando el interés de la colectividad en el orden económico. Además, desempeña un papel esencial en el sistema de control de operaciones de concentración, entre otras materias.²⁶

²⁵ IRARRAZABAL Felipe, “El Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia”, FNE

²⁶ OYARZO HENRIQUEZ John, “Proyecto de ley anti colusión: oportunidades y riesgos en su tramitación, anti-cartel draft bill: opportunities and risks in its negotiation”, s.l, 2020
<https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ42-P391.pdf>

Además se debe entender que el TDLC, es el órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, que tiene a su cargo el juzgar, resolver y sancionar.”²⁷

Aclarados estos aspectos orgánicos, podemos explicar de mejor manera el procedimiento para obtener beneficios de la delación compensada. A grandes rasgos, el proceso de delación se inicia oficialmente, conforme a la Guía de Delación, con una Solicitud de Indicador de Postulación, vía formulario en línea en el sistema web de la FNE, o bien por teléfono o correo electrónico dirigido al Encargado de Delación Compensada. En caso de ser declarada admisible la solicitud, se realiza una Reunión de Postulación (presencial o no presencial), en la cual se verifican identidades y personerías, se aclaran las primeras dudas y se entrega al final de ella un Indicador de Postulación, el cual indica el nombre del postulante, el mercado afectado, el lugar de postulación y el plazo dentro del cual el postulante debe presentar su Solicitud de Beneficios. Dentro del plazo establecido por la FNE, el delator debe presentar su Solicitud de Beneficios, que normalmente es un documento escrito y extenso, pero que en casos especiales puede realizarse según la Guía en forma verbal, luego de lo cual existe un período de análisis de antecedentes de la FNE y la emisión de un Oficio de Conformidad con el Beneficio Provisorio, el cual se concreta en un Beneficio Definitivo en caso de que la FNE presente un requerimiento ante el TDLC.” Lo que quiere decir que la FNE es quien regula el mecanismo de la delación compensada y evalúa quien debe obtener el beneficio y se encarga del procedimiento en Chile.

De este procedimiento de obtención se logra asociar las etapas en relación a sus objetivos y las problemáticas que se generan:

1. Solicitud de postulación: Esta fase inicial establece un delicado balance entre la necesidad de garantizar certeza legal al posible informante y el riesgo de mal uso del sistema la opción de realizar consultas hipotéticas, aunque beneficiosa

²⁷ IRARRAZABAL Felipe, “El Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia”, FNE

para incentivar la denuncia podría ser aprovechada estratégicamente para indagar sobre la existencia de investigaciones en desarrollo sin comprometer sin verdaderamente ha denunciado.

2. Reunión de postulación: Respecto de la reunión se entiende que esta tiene naturaleza privada de este encuentro y la discreción solicitada generan dificultades prácticas sustanciales, lo cual podemos evidenciarlo en casos en donde se adoptaron medidas extremas para salvaguardar la confidencialidad de las reuniones, existe un riesgo intrínseco de que estas medidas sean percibidas como comportamientos sospechosos por sí mismas.
3. Emisión del Indicador de postulación: La seguridad del puesto en la "fila de denunciantes" que asegura el Indicador de Candidatura es fundamental para el funcionamiento del sistema. No obstante, la posibilidad de que diversos actores reciban Indicadores de Candidatura por la misma conducta plantea dudas sobre cómo gestionar situaciones en las que varios denunciantes potenciales se encuentren "en espera".
4. Solicitud de Beneficios: Esta fase es especialmente crucial y compleja. La solicitud de proporcionar "información precisa, veraz y verificable" presenta desafíos significativos:
 - a) Estándar de prueba: ¿Cuál es el umbral exacto para considerar que la información es "suficiente para sustentar una solicitud"? Este estándar, aunque necesariamente flexible, puede generar incertidumbre en los posibles denunciantes.
 - b) Autoincriminación: Existe una tensión inherente entre la necesidad de ofrecer información detallada y el derecho a no auto incriminarse, especialmente relevante en el contexto de la criminalización de la colusión.
 - c) Alcance de la denuncia: Determinar el alcance exacto de la conducta denunciada puede ser complicado, sobre todo en casos de cárteles de larga duración o con múltiples ramificaciones.

5. Asignación del Beneficio Temporal: La condición provisional del beneficio otorgado en esta fase plantea dudas sobre la seguridad jurídica del informante. Aunque resulta crucial para asegurar la cooperación continua, esta temporalidad puede generar incertidumbre y, potencialmente, desincentivar las denuncias en casos complejos o de gran relevancia.
6. Beneficio Permanente: La transformación del beneficio provisional en permanente al momento de la presentación del requerimiento ante el TDLC marca un hito decisivo en el proceso. Sin embargo, la posibilidad de que el TDLC anule el beneficio si se demuestra que el informante fue el principal responsable del cártel introduce un elemento de incertidumbre que persiste hasta la resolución final del caso.

3. Aplicación práctica de la delación compensada en Chile. Algunos casos relevantes.

Desde que se instaura el mecanismo de la delación compensada en Chile su aplicación ha estado presente en al menos seis casos. Algunos de los más conocidos son los denominados “caso del pollo” “caso farmacias” el “caso del papel higiénico”, entre otros.

Contexto caso de inicio de delación compensada: “El análisis de la delación compensada en el mercado de valores es inseparable en Chile del análisis de la misma figura en la legislación de defensa de la libre competencia. Ambas figuras nacen en nuestro derecho como consecuencia del caso de colusión de farmacias, específicamente del acuerdo de conciliación logrado entre el Fiscalía Nacional Económica con Farmacias Ahumada S.A (en adelante “FASA”) y la Fiscalía Nacional Económica (en adelante “FNE”), luego del requerimiento presentado ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante “TDLC”) por la FNE, por conductas colusivas para

fijar el precio de medicamentos entre FSA, Farmacias Cruz Verde y Farmacias Salcobrand (en adelante el “Caso FASA”).²⁸

Primer caso en el que se dan beneficios por delación compensada “El Tribunal analizó, en su mérito, la confesión prestada por la requerida Tecumseh, las declaraciones de altos ejecutivos y personal de dicha compañía, testigos, como asimismo abundante evidencia escrita -constituida por correos electrónicos intercambiados entre los partícipes del cartel- que daban cuenta del contacto entre competidores y del funcionamiento y operación del citado cartel. El análisis de dicha evidencia permitió dar por acreditado, al menos desde mediados del año 2004, el acuerdo entre los principales fabricantes de compresores del mundo, entre ellos Whirlpool y Tecumseh, además de una permanente comunicación entre los ejecutivos de ambas compañías, cuyo objeto era acordar alzas de precios coordinadas por región geográfica a nivel mundial, y que esta coordinación habría tenido efectos en Chile -al menos- a partir de las listas de precios que aplicaron desde enero de 2005 y hasta diciembre de 2008.”²⁹

A nivel nacional ha generado malestar el saber que quienes se coluden pueden optar a eximirse de multas a través de este mecanismo

A modo de ejemplo observamos la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 15.005-2019 correspondiente al “caso navieras”³⁰ El texto describe el funcionamiento de un cartel entre compañías de transporte marítimo, en particular en el ámbito de la contratación de servicios para el traslado de vehículos entre diferentes continentes. Este cartel manipulaba licitaciones y otros procesos de contratación, garantizando que una naviera

²⁸ ROBERTO RÍOS, *La Comisión Para El Mercado Financiero*, 2020 (libro electrónico)

²⁹ TDLC, Noticias TDLC *emite sentencia en el primer caso en que aplican beneficios por delación compensada por colusión entre fabricantes de compresores para refrigeración*, 15 junio 2012 <https://www.tdlc.cl/tdlc-emite-sentencia-en-el-primer-caso-en-que-se-aplican-beneficios-por-delacion-compensada/>

³⁰ CORTE SUPREMA, Causa rol 15.005-2019 14 de agosto 2020

<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/08/LIBRE-COMPETENCIA-NAVIERAS-SUPREMA.pdf>

mantuviera el control de una cuenta en los nuevos procedimientos, mientras que las demás navieras no participaban o presentaban ofertas poco atractivas o inviables.

En ese contexto de que se descubrió la existencia de este cartel de seis navieras, entre las que se encontraban la Compañía Sudamericana de Vapores (CSAV), la Compañía Marítima de Chile (CMC, ex CCNI), la coreana Eukor y las japonesas K-Line, Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (MOL) y Nippon Yusen Kabushiki Kaisha (NYK). CSAV fue la primera en acogerse al beneficio y quedó exenta de multa según la sentencia del TDLC, mientras que NYK también optó por esta medida y redujo su infracción a US\$ 6,5 millones. En cambio, MOL recibió una sanción de US\$ 2,5 millones, mientras que CMC, Eukor y KLine no fueron condenadas debido a una excepción de prescripción interpuesta por estas compañías con respecto a una de las rutas desde puertos de Asia.

Las 18 cuentas afectadas por este cartel correspondían a rutas marítimas entre Europa, América y Asia, y abarcaron el período de 2000 a 2012. La FNE de Chile identificó la manipulación de estas licitaciones como una práctica anticompetitiva que perjudicaba a los fabricantes de automóviles, concesionarios y, en última instancia, a los consumidores.

Este tipo de conductas infringen la ley de libre competencia y son sancionadas por las autoridades antimonopolio, ya que distorsionan el mercado y evitan que las empresas ofrezcan sus mejores condiciones a los clientes.

El cartel del papel higiénico cuya Sentencia de la Corte suprema rol N° 63.600-2019³¹ Este caso revelado por la FNE en octubre de 2015. Este acuerdo se dio entre las empresas CMPC y SCA acordaron de manera ilegal establecer precios y dividirse el mercado de productos de papel de uso doméstico, tales como servilletas, toallas de papel y papel higiénico, conocido en Chile bajo la marca "Confort".

³¹ CORTE SUPREMA. Causa rol N° 63.600-2019, *Fiscalía Nacional Económica con CMPC y SCA Chile*, 06 de enero de 2020
https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/01/sent_cs_01_2019.pdf

Duró 11 años y fue admitido por la empresa relacionada con la familia Matte, mediante un acuerdo de delación compensada. La compañía sueca SCA también se benefició de este acuerdo. Sin embargo, el TDLC impuso una multa de U\$S 15 millones únicamente a SCA. La Corte Suprema revocó el acuerdo de la empresa papelerera debido a la presión ejercida sobre SCA y le ordenó pagar la misma multa.

Como podemos vislumbrar en las sentencias mencionadas anteriormente el beneficio de la delación compensada fue obtenido en ambas, no obstante en la segunda sentencia observamos cómo fue retirada por la Corte suprema al existir una denominada “coacción” o presión por parte de SCA de aquello podemos interpretar que existió un error en el otorgamiento e identificar la necesidad de criterios de obtención que sirvan para limitar o regular de mejor manera el proceso, a través de una evaluación de riesgos o incluso evaluar el nivel de participación en los actos colusivos, dando más claridad y certeza para quienes otorgan el beneficio y que no se requiera revocar, sino sea prevenido por un criterio de obtención.

Aún con estas supuestas deficiencias normativas de la delación compensada podemos ver que no es un mecanismo no utilizado en Chile y existen al menos siete casos en los que se han utilizado y con el hecho de que la FNE se le da facultades para ser quien actúe en casos de colusión esto auxiliaría a que quienes se han coludido colaboren con información a fin de eximirse de pagar multa como cualquier infractor sin el miedo de que lo persigan penalmente, lo cual en la práctica no hace la FNE.

““Muy recientemente, con fecha 6 de enero de 2020, la Corte Suprema en el caso de la referencia dictó sentencia que fue en parte revocatoria, dejando sin efecto la exención del primer delator (CMPC), por la única causal que legalmente permite al TDLC o a la Corte Suprema dejar sin efecto un beneficio de exención o de reducción en un procedimiento de delación compensada, establecida en el artículo 39 bis, inciso 5° del DL 211: el “que se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador de la conducta lícita coaccionando a los demás a participar en ella.”

Existen bastantes opiniones que sostienen que con el fallo antedicho de la Corte Suprema se perjudicó e incluso se sepultó la institución de la delación compensada. Sin embargo y si bien falta algún tiempo para la debida reflexión de esta sentencia, y otras sentencias que interpreten el concepto de coacción, se debe considerar que la discusión respecto a la coacción es más bien una discusión jurídica sobre el estándar de coacción necesario para eliminar el beneficio.

Para el TDLC se trata de un alto estándar: “...la coacción que priva a quien ejerce de los beneficios de la delación compensada sólo puede consistir en la aplicación o amenaza creíble e inminente de violencia física o psicológica irresistible”³². Para la Corte Suprema en cambio esta interpretación del TDLC fue errada, y dispuso en su reemplazo que “...la advertencia, seria, grave y creíble, de causar un daño económico al agente respectivo, máxime si se trata de la amenaza de obstaculizar su participación e, incluso, de sacarle del mercado, puede llegar a constituir, por sí misma, una clase o tipo de presión que habrá de ser calificada de coercitiva y que justificaría, de comprobarse su concurrencia junto a las demás exigencias legales, que se privara al organizador de la colusión del beneficio de exención de la multa pertinente”³⁴³³

“La Corte Suprema, después de establecer claramente el alcance del término coacción, llega a la conclusión de que las amenazas ejercidas por parte de CMPC a SCA configuraron coacción en virtud de que éstas serían “injustas, graves y determinantes”⁵⁷”³⁴

“En otro caso de delación compensada, el Tribunal acogió el requerimiento de la Fiscalía contra Asfaltos Chilenos, Dynel, Enex y QLA por coludirse en la asignación

³² CORTE SUPREMA. Causa rol N° 63.600-2019, *Fiscalía Nacional Económica con CMPC y SCA Chile*, 06 de enero de 2020

https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/01/sent_cs_01_2019.pdf

³³ GREBE LIRA, B. (2020). Hacia una delación compensada 2.0 en Chile. Investigaciones CeCo. <https://bit.ly/3NwARuv>

³⁴ SEPULVEDA LASEN, Vicente. “Delación compensada y coacción: caso papeles” Prof., Guía: Francisco Agüero Vargas, Tesis de pregrado, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2024 :<https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/198895/Delacion-compensada-y-coaccion-caso-papeles-Posibles-soluciones-a-las-diferencias-de-interpretacion.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

de contratos de provisión de asfaltos utilizados en obras viales. Enex fue eximida de pago por delación compensada”³⁵

Primer caso en el que se dan beneficios por delación compensada “El Tribunal analizó, en su mérito, la confesión prestada por la requerida Tecumseh, las declaraciones de altos ejecutivos y personal de dicha compañía, testigos, como asimismo abundante evidencia escrita -constituida por correos electrónicos intercambiados entre los partícipes del cartel- que daban cuenta del contacto entre competidores y del funcionamiento y operación del citado cartel. El análisis de dicha evidencia permitió dar por acreditado, al menos desde mediados del año 2004, el acuerdo entre los principales fabricantes de compresores del mundo, entre ellos Whirlpool y Tecumseh, además de una permanente comunicación entre los ejecutivos de ambas compañías, cuyo objeto era acordar alzas de precios coordinadas por región geográfica a nivel mundial, y que esta coordinación habría tenido efectos en Chile -al menos- a partir de las listas de precios que aplicaron desde enero de 2005 y hasta diciembre de 2008.”³⁶

Como podemos observar desde que se implementó en Chile la delación compensada han surgido casos en los que se hace uso de este mecanismo a fin de dismantelar carteles, en algunos casos como se expresa en alguno de los textos citados que se le da bastante relevancia a la información entregada por la idea del beneficio esto tiene sentido, aun así no se hace mención a la afectación a la libre competencia, el caso que llamó más la atención fue en aquel en que se identificó y determinó que se había hecho uso de la coacción para el actuar colusivo.

4. Análisis de algunas figuras relevantes de derecho comparado.

Respecto del funcionamiento de la delación compensada primero debemos comprender que la delación compensada es un tipo de programa de clemencia, en tal sentido se

³⁵ IRARRÁZAVAL Arturo, *Manual de Derecho Económico* (libro electrónico autor), SL,2018

³⁶ TDLC, Noticias TDLC *emite sentencia en el primer caso en que aplican beneficios por delación compensada por colusión entre fabricantes de compresores para refrigeración*, 15 junio 2012

comprende que un gran número de países han adoptado el mecanismo de delación compensada u otro sistema afín con los propósitos de este beneficio o figuras similares.

Respecto de los programas de clemencia, el de Estados Unidos y el de la Unión Europea son los más importantes a nivel mundial ³⁷ El sistema de clemencia implementado por Estados Unidos funciona de modo distinto al de la Unión Europea.

“En este sentido, los programas de clemencia permiten sacar a la luz acuerdos secretos que, de lo contrario, podrían pasar desapercibidos, y hacen que las investigaciones ulteriores sean más eficaces y efectivas. La experiencia ha demostrado que estos programas dan buenos resultados. Así desde la modificación del programa estadounidense en 1993, llevada a cabo a fin de clarificar y extender ligeramente el alcance de la inmunidad, el número de solicitudes de inmunidad ha superado las veinte por año; se han pronunciado decenas de condenas, y el importe de las multas recaudadas ha sobrepasado, con creces, los mil millones de dólares.

Con respecto a esto, existen tres diferencias principales entre ambos mecanismos, las cuales se señalarán a continuación, a fin de comprender si bien estos derivan de la misma razón de su aplicación es diversa.

“Primero, en la UE solo se puede enjuiciar a undertaking y no a personas naturales. Un undertaking puede comprender firmas, empresas o personas jurídicas que realicen actividades económicas; no obstante, el término puede incluir más formas de asociación, motivo suficiente para referirnos en este trabajo a undertaking en general y no solo a personas jurídicas o empresas como se lo hace en la traducción al español del artículo 101 del TFUE.

Segundo, en EE. UU. existe responsabilidad penal para las personas naturales que realicen estas infracciones mientras que en la UE no existe, puesto que, al no poder

³⁷TRUJILLO Carlos, Análisis de la figura "Programa de Clemencia" en Derecho de competencia comparado. Parámetros para la aplicación en Ecuador, 15 de diciembre del 2017 http://scielo.senescyt.gob.ec/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S263124842016000100087&lng=es&nrm=iso

enjuiciar a personas naturales, resultaría imposible imputar penalmente a un undertaking. Esta diferencia es vital para el impulso del efecto inhibitorio que se busca a través del programa, como veremos más adelante.

Finalmente, la última diferencia se da por el funcionamiento de los programas de clemencia y quienes puedan pedir daños y perjuicios. Por un lado, en EE. UU. si un miembro del cartel, sea persona natural o jurídica, pide clemencia y el DOJ se la otorga, este tiene inmunidad tanto en multas, responsabilidad penal y se le asegura que la información y pruebas entregadas en el programa jamás serán reveladas a terceras partes, para evitar una posterior demanda de daños y perjuicios por parte de los usuarios. Es decir, gracias al actuar del DOJ, terceras personas que hayan sufrido daños por el cartel no pueden acceder a la información que el undertaking involucrado entregó, esto dificulta que existan juicios por daños y perjuicios.

Por otro lado, en la UE, pese a la inmunidad en las multas, los undertakings enfrentan la posibilidad de ir a juicio por daños y perjuicios contra terceras partes en los diferentes estados miembro. Esto debido a que en la UE existen 28 miembros que, si bien se rigen en un marco común bajo el TFUE, de igual manera, conforme a la Regulación 1/2003 son capaces de imponer sus propias leyes de competencia dentro de su territorio. Es decir, dentro de cada Estado, los consumidores y terceros afectados por los carteles pueden demandar conforme a las leyes de sus países.

Por su parte, en Estados Unidos los únicos que pueden empezar un juicio por daños y perjuicios son los afectados directos; en el caso de los carteles, son los consumidores. En consecuencia, en EE. UU. son aptos para pedir indemnización por daños y perjuicios los consumidores directos del cartel. Por otro lado, en la UE pueden pedir indemnización todos los afectados por el cartel. Es decir, no solo los compradores directos, sino cualquiera que haya participado en la cadena de valor y que se sienta afectado, lo que da como resultado que sea mucho más factible realizar una demanda por daños y perjuicios en la UE que en EE. UU. Estas tres diferencias son las

responsables de que exista un enfoque tan distinto del programa de competencia en Europa y en Estados Unidos.”³⁸

Como se señala anteriormente comprendemos las diferencias entre la aplicación en diferentes lugares del mundo. No obstante, podemos advertir que existe semejanza y esto es; que ambos son sistemas de clemencia implementados. Ahora bien, a razón de comprender mejor estos sistemas de clemencia conviene mencionar ciertos puntos de relevancia en relación al objetivo de utilizar dichos programas, por ello se señala lo más relevante de la implementación de dichos mecanismos a continuación:

1. La razón de ser de los programas de clemencia es mejorar la capacidad del Estado para detectar y castigar las infracciones mediante la concesión de beneficios para aquellas empresas y particulares que denuncien a los implicados en cárteles, información y prueba que lleva a la persecución de la infracción. El Estado renuncia a su prerrogativa de castigar plenamente a una empresa y a los empleados implicados para intentar garantizar el castigo de todas las demás empresas y particulares implicados en la mala conducta.

2. Esta herramienta es especialmente importante cuando se trata de una infracción por cártel, que es una conducta secreta y difícil de detectar. Además de confesar su participación en la infracción, se requiere a los solicitantes que cooperen efectivamente con la autoridad durante todo el procedimiento y, en la mayoría de los casos, a cesar inmediatamente su participación en la actividad del cártel.

3. Los programas de clemencia facilitan la información y pruebas internas a las autoridades de competencia, lo que aumenta la calidad de la prueba, así como la probabilidad de condena. Además, los solicitantes suelen aportar información valiosa

³⁸ OCDE, Resumen Utilizar la clemencia para luchar contra los cárteles overview Using leniency to fight Hard Core Cartels, 2002 <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264174993-sum-es.pdf?expires=1734328872&id=id&accname=guest&checksum=8CBBC55261AB65A27414FCD0F58ACB53>

para que las autoridades planifiquen redadas más efectivas. Por último, la clemencia tiene un importante efecto disuasorio, ya que desestabiliza los acuerdos del cártel al aumentar los incentivos para la deserción.³⁹

En el marco de la investigación realizada en Estados Unidos sobre el cártel de las vitaminas, la cooperación de la empresa que pidió la inmunidad permitió realizar inculpaciones directas e imponer multas de 500 millones y 225 millones de dólares a dos empresas del cártel. Otros organismos y países cuentan, asimismo, con programas de clemencia. En 1996, la Comisión Europea anunció, en su comunicación 96/C 207/04, las condiciones en virtud de las cuales una empresa podía gozar de la no imposición de una multa o de reducciones importantes en su importe; desde su entrada en vigor, se han acogido a ese sistema más de veinte casos.

En 2001, la Comisión Europea presentó un nuevo proyecto en la materia, con vistas a maximizar su capacidad para detectar y perseguir los cárteles. Canadá y el Reino Unido anunciaron recientemente la adopción de sendos programas de clemencia, fundados, en gran medida, en la experiencia estadounidense. En mayo de 2000, Alemania anunció también un programa en este ámbito, mientras Suecia estudiaba la elaboración de una legislación que autorizase el recurso a dicho tipo de programas. Corea, país que cuenta con un programa de clemencia desde 1997, realiza, actualmente, un estudio para su mejora. Por último, Francia revisó recientemente su normativa en materia de competencia para permitir al Conseil de la Concurrence aplicar la clemencia a las empresas que presentasen a las autoridades elementos que probasen la existencia de cárteles.⁴⁰

³⁹ OCDE, Foro latinoamericano y del Caribe de competencia - Sesión I: Reforzando los incentivos para los acuerdos de clemencia, 27 y 28 de septiembre de 2022

[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2022\)13/es/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2022)13/es/pdf)

⁴⁰ OCDE, Resumen Utilizar la clemencia para luchar contra los cárteles Overview Using leniency to fight Hard Core Cartels, 2002

https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264174993-sum_es.pdf?expires=1734328872&id=id&accname=guest&checksum=8CBBC55261AB65A27414FCD0F58ACB53

Existen diferencias importantes para la aplicación de estos programas. En la Unión Europea solo se puede enjuiciar a undertakings y no a personas naturales. Un *undertaking* se refiere aquello que comprende firmas, empresas o personas jurídicas que realicen actividades económicas; no obstante, el término puede incluir más formas de asociación, motivo suficiente para referirnos en este trabajo a undertaking en general y no solo a personas jurídicas o empresas como se lo hace en la traducción al español del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En algunos sistemas jurídicos, las personas naturales pueden ser responsables penalmente por cometer ciertas infracciones, a diferencia de lo que ocurre en la UE, donde no es posible imputar penalmente a las personas naturales. Esto hace que sea imposible enjuiciar penalmente a una entidad o "undertaking". Esta distinción es crucial para generar el efecto disuasorio que se busca con el programa.

La diferencia radica en el funcionamiento de los programas de clemencia y quiénes pueden solicitar indemnización por daños y perjuicios. En Estados Unidos, si un miembro de un cartel, ya sea una persona física o jurídica, solicita clemencia y el DOJ (Departamento de Justicia) la concede, este recibe inmunidad tanto frente a sanciones económicas como a responsabilidades penales. Además, se le garantiza que la información y pruebas proporcionadas en el programa no serán reveladas a terceros, para evitar futuras demandas por daños y perjuicios de los afectados. Es decir, debido a la actuación del DOJ, las personas que hayan sufrido perjuicios por el cartel no pueden acceder a la información que la parte involucrada entregó, lo que dificulta la existencia de juicios por daños y perjuicios.

La regulación americana se desarrolla en las siguientes normas (Ilundáin, 2002): Programa de Clemencia para Empresas (Corporate Leniency Program), introducido el 10 de agosto de 1993. Política de Clemencia para particulares (Leniency Policy for

individuals), introducida el 10 de agosto de 1994. Amnistía adicional (Amnesty Plus), introducido en 1999.⁴¹

Otros países como Australia también han adoptado programas de clemencia, en tal caso se puede apreciar que carece del establecimiento de criterios o requisitos y este programa a diferencia de los otros que existen, aunque se considera no exige que el infractor sea el primero en delatar y en tal sentido Chile ha regulado más la obtención del beneficio en comparación.

En el aspecto de los criterios de obtención del sistema de clemencia a grandes rasgos son: la existencia de un acuerdo de cooperación formal, proporcionar información valiosa y verificable, cumplir con los estándares de conducta requeridos por ley, testificar y colaborar de manera continua durante la investigación, evaluación por parte del fiscal y posible revisión judicial y en casos que corresponda protección bajo programas de testigos.

“El Reino Unido adoptó dentro de la Competition Act de 1998, una política de clemencia inspirada en gran medida por el programa estadounidense del que tomó los siguientes aspectos: La clemencia automática antes de que la investigación haya comenzado, La posibilidad de inmunidad total si la investigación ya ha comenzado, y, El programa Amnesty Plus. Se ofrece clemencia por las multas a las empresas, no a las personas naturales.”⁴²

5. Análisis crítico de las reglas para la obtención del beneficio y propuesta.

Para la obtención de la delación compensada se establecen ciertos parámetros como ya hemos revisado anteriormente algunos de estos son el ámbito de aplicación, en qué casos se utiliza y es procedente esto determinado por los requisitos de obtención. Se puede visualizar en la aplicación de este beneficio sus aspectos positivos en relación a

⁴¹CAVADA, Juan Pablo. *Delación compensada: Chile y legislación extranjera*, a.l, septiembre 2016 https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28129/2/BCN_delacion_compensada_actualizado_2019.pdf

⁴² Ídem

los objetivos que busca desde su implementación; con aquello nos referimos a esta búsqueda de dismantelar carteles a través de este incentivo. Sabemos que la situación que generan este tipo de concertaciones es compleja lo que nos permite comprender la necesidad de métodos que permitan llegar a los responsables, lo que hace a la delación compensada de gran relevancia, incluso llegando a ser denominada como el mejor método para derrocar carteles.

Respecto de los aspectos beneficiosos de la delación compensada y en general de los sistemas de clemencia, encontramos los siguientes:

El primer beneficio es la reducción significativa de la dificultad, el tiempo y los costos administrativos en la investigación de cárteles, gracias a la ayuda de los postulantes al beneficio, tanto al inicio como durante el proceso. Esto permitiría a la Comisión detectar y sancionar más cárteles de manera más rápida y con mayores sanciones, todo con los mismos recursos.

En relación a un segundo beneficio es que el programa de clemencia haría más difícil la creación y mantenimiento de cárteles. Al aumentar los incentivos para que un miembro denuncie, se contrarrestan los mecanismos internos del cártel para asegurar su cumplimiento. En otras palabras, la posibilidad de recurrir a la clemencia aumenta la incertidumbre y hace más inestable el cártel, reduciendo la confianza entre los miembros. Con la entrega del beneficio a quien infringe las normas se genera un ambiente de inseguridad entre quienes se han involucrado en prácticas colusorias al asociarse con otro, el cual podría tomar el papel de delator aun siendo el quien auxilió a realizar la acción.

Ahora bien, la delación compensada no solo trae consigo aspectos positivos y comprendemos que su implementación y el método posibilita que realicemos críticas mencionando algunos aspectos negativos, las cuales pasaremos a explicar a continuación:

Cabe mencionar que antes de la reforma existía una ausencia de indemnización a los consumidores en el proceso de la delación compensada y el mecanismo podía ser ampliamente criticado. Pues ante la existencia de un acto colusorio, los involucrados debiesen recibir las consecuencias de sus actos, en algunos casos se les condena a multas, pero la complicación que surgía antes de la reforma de agosto del 2016 respondía a que tales dineros solo tenía como destino las arcas del Estado y no se le proporcionaba ningún tipo de indemnización a los consumidores afectados por la colusión y precisamente esto generaba que aumentara la sensación de impunidad intensificando el malestar en los consumidores que habrían sufrido la afectación. Por lo anteriormente expuesto se entiende el instaurar la posibilidad de indemnización de perjuicios como una mejora, como una evolución normativa en esta regulación de la delación compensada.

Respecto de lo anterior podemos observar esta modificación se encuentra en el artículo 30 de la ley 20.945 “La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante ese mismo Tribunal y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario establecido en el Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil. Las resoluciones pronunciadas en este procedimiento, salvo la sentencia definitiva, sólo serán susceptibles del recurso de reposición, al que podrá darse tramitación incidental o ser resuelto de plano. Sólo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva. Al resolver sobre la acción de indemnización de perjuicios, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fundará su fallo en los hechos establecidos en su sentencia que sirvan de antecedente a la demanda. El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. La indemnización de perjuicios comprenderá todos los daños causados durante el período en que se haya extendido la infracción. La acción de indemnización de perjuicios derivados de los acuerdos sancionados en el Título V de la presente ley se sustanciará conforme a lo establecido en este artículo, y respecto de ellos no podrán interponerse acciones civiles en el procedimiento penal.”.⁴³

Al observar lo que señalábamos hace unos instantes podemos ver como normativamente se ha generado cambios positivos, pero al detenernos a revisar con más detención logramos apreciar que en la faz de los requisitos para la obtención de la delación compensada hay falencias, ejemplo de ello es que están más enfocados a lo que los infractores pueden ofrecer en relación a la información que pueden entregar, que a resguardar la libre competencia.

Respecto de esta crítica que realizamos a la delación compensada se puede señalar que el mecanismo al proporcionar exención o reducción en caso tal que correspondiente de una multa o sanción que le es impuesta al infractor afecta la libre competencia tanto como lo hace el propio acto colusorio, generando daño a la competencia en el mercado.

El beneficio exime de multas a una o dos personas que han cometido actos colusorios infringiendo las normas y esto genera en los consumidores (que se ven afectados por estas conductas anticompetitivas) lo visualicen más como impunidad que como un buen método. Para quien realiza un acto en contra de las leyes o de las normas, a tal individuo le corresponde recibir las consecuencias de infringir lo estipulado, es por tal razón que desde una vista externa al divisar como una persona o empresa incurre en una infracción, quien comete un acto colusorio que afecta la libre competencia y se ve beneficiado obteniendo exención o reducción de multa, provoca un escenario en el cual la conducta colusoria no tiene consecuencias y queda impune generando desequilibrio en la competencia y malestar en los consumidores afectados.

Se entiende que coludirse y delatar parece una muy buena opción, ya que las grandes empresas no pierden más que un porcentaje muy bajo de ingresos al pagar una multa.

La delación compensada pudiese ser interpretada por algunos más que como incentivo para delatar, un incentivo para coludirse, incluso teniéndose la noción de que se paga por coludirse; por ejemplo, una empresa A se colude con otras tres empresas B, C y D, pero la empresa decide delatar a B, C y D, y esta se exime de la multa, más B, C y D solo deben pagar y terminará el proceso, no habiendo más consecuencias, afectando la libre competencia y generando inseguridad en el mercado.

Recordemos que los criterios para la obtención de la delación compensada para la exención refieren a “proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables los cuales sirvan para fundar el requerimiento, con ello comprendemos que el enfoque del primer criterio es en base a la información que pueda aportar el infractor. Otro requisito es no develar la solicitud del beneficio hasta el momento que se haya formulado el requerimiento por la FNE, tal criterio está guiado a la confidencialidad del proceso. Además, existe el criterio de poner fin a su participación en los actos colusorios después de presentar la solicitud, se aprecia cómo este criterio podría tener como objeto que no se siga infringiendo las normas con un actuar colusivo

Podemos inferir de los requisitos, el espíritu de ellos, desde una mirada positiva este mecanismo, visualizamos que se requiere de la voluntariedad de la persona al ofrecer la información, la relevancia de la información proporcionada, el grado de cooperación mostrado, la gravedad del delito cometido, el desempeño en la justicia en cuanto a resultados concretos, los beneficios solicitados por el delator, y la evaluación judicial de la colaboración y sus resultados

En relación con la anteriormente mencionado respecto de los requisitos de obtención se observa como aquellos están más orientados a la información que puedan proporcionar los solicitantes, y se observa como el único criterio que podría valorarse como resguardo a la libre competencia es en el que se exige no continuar con una conducta colusiva, no obstante, parece no ser suficiente.

Hace sentido proponer la adición de criterios efectivos para el resguardo de la libre competencia, tales criterios no necesariamente responden a una creación sino más bien a un reconocimiento, con fin de hacer alusión a lo anteriormente planteado, lo materializaremos en un ejemplo de nuevos criterios

Como propuesta principal se postula como positivo adicionar un nuevo criterio en razón de prevenir la afectación a la libre competencia por existir reiteración de actos colusorios.

- Evaluación de riesgo: Podrán optar al beneficio de la delación compensada quienes no tengan antecedentes de actuar colusorio anterior a la conducta que se está delatando.
- Ingresos delimitantes: Quién tenga mayor volumen de ingresos a raíz de la conducta colusoria no podrá optar a la exención de la sanción.

En el entendido de que la FNE realiza una ponderación del actuar del solicitante, más esto no es un requisito normativo

Beneficios de nuevos criterios: Estos criterios generarían certeza para los consumidores y establecerán parámetros más exactos para la FNE en su evaluación, también auxiliando a mantener la libre competencia del mercado sin afectación.

Como una propuesta supletoria se plantea en este trabajo la opción de limitar la posibilidad de obtención de exención rebajando a reducción de consecuencias al actuar colusorio. En razón de aquello conviene señalar en qué casos se está sugiriendo esta medida, el contexto refiere a cuando el solicitante haya incurrido en conducta colusoria distintas a la que se está delatando, en tal caso se realizará también una evaluación de riesgo, al detectarse este antecedente previo se deba restringir la obtención del beneficio excluyéndose la posibilidad de recibir un beneficio de exención, quedando solo la posibilidad del beneficio de reducción.

En resumen, la propuesta principal es añadir criterios a fin de regular aún más el mecanismo, en razón de lo dificultoso que resulta generar cambios, se establece la propuesta supletoria a fin de auxiliar a dar respuesta a este vacío normativo, brindar de estructura y parámetros necesarios para mejorar la eficacia del mecanismo.

Las complicaciones que podrían tener estas propuestas se pueden enumerar de la siguiente manera:

1. Que el sistema al no ser tan utilizado se estime que no se requiere normar más de lo que ya está reglamentado

2. Que los requisitos que se plantean añadir parezcan excesivos y se crea que esto generará que nadie postule para la obtención
3. Que, al requerir solo un mero reconocimiento del criterio de evaluación de riesgo, pues esto ya lo realiza la FNE, se plantee no necesario añadir el tal a la normativa vigente.

A juicio de quien escribe aun con todas las complicaciones que podrían tener estas propuestas, no hay fundamento suficiente para no tomar en cuenta estas, pues es un mecanismo que, si bien tienen un objetivo relevante como dismantelar carteles, también ofrece una especie de impunidad a quien infringe normas con actos de colusión, lo cual es lo suficientemente grave como ataque a la libre competencia y a lo que ello significa.

Parece relevante establecer que la hipótesis sobre la cual se sustenta esta tesis no refiere al caso en el cual quien delató es quién organizó cartel, ya que el tal ya se encuentra normado. Así también se encuentra incluido dentro de lo regulado los casos en los cuales existe coacción por parte de un infractor a fin de que otro participe de la conducta infraccionaría. El hacer esta diferenciación posibilita tener presente la teoría en la que se sitúa esta tesis y con ello la relevancia de la prevención contra la afectación de la libre competencia. La sustancia de este trabajo de investigación es la mirada hacia el resguardo de la libre competencia y la eficiencia del beneficio de la delación compensada, a través de un análisis de los criterios o requisitos para la obtención del beneficio a fin de que los infractores, habiendo incurrido ya anteriormente en un actuar colusorio no se les facilite el adquirir beneficios, sino que las conductas anteriores sean un precedente relevante en la evaluación para la obtención de la delación compensada.

Conclusiones

Esta tesis busca ofrecer un panorama amplio referido a la delación compensada en el contexto de la legislación chilena de libre competencia y en particular en el control de la colusión, para comprender el fondo de la temática y con esta visión amplia se ha buscado analizar críticamente este mecanismo, ofreciendo algunas propuestas de mejora para su aplicación y la consiguiente protección de la libre competencia.

Esta tesis centró su planteamiento respecto de la problemática que surge en los criterios de obtención del beneficio, estableciendo la hipótesis de que aquellos criterios parecen ser insuficientes en cuanto a la protección de la libre competencia, dado a que estos requisitos tienen un enfoque más centrado a la calidad de la información que puedan aportar aquellos que se quieren beneficiar y no a limitar esta delación compensada a quienes tienen o han tenido prácticas similares anteriormente, lo cual no añade un presupuesto importante orientado a la defensa de la libre competencia.

La ley en cuanto a los requisitos sólo establece tres criterios los cuales carecen de suficiencia al comprender la magnitud del beneficio entendiéndose que el primer delator recibe el 100% de la exención de la multa y los demás delatores también obtienen un porcentaje importante de exención. Aun cuando los criterios de aplicación para el otorgamiento de beneficios parece realizarse con la prevención necesaria, aun cuando el proceso de selección para ser beneficiario implica investigar las conductas anteriores evaluando el riesgo de otorgar la delación compensada a tal o cual infractor, este criterio no está presente en la norma, no obstante, aquello parece ser necesario para su otorgamiento, por lo que si ya es parte del proceso debiese reconocerse en la norma a fin de dar certeza jurídica en relación a su obtención y que aquello no tenga una faz tan subjetiva.

La delación compensada puede mejorar la libre competencia y aportar al ser una herramienta para dismantelar cárteles, pero se necesita precaución para evitar abusos. Además de sanciones, es crucial prevenir comportamientos anticompetitivos con

criterios estrictos de evaluación de riesgos para determinar quién puede acogerse a este mecanismo.

En resumen, entendemos la delación compensada como un mecanismo mediante el cual se obtiene una concesión de inmunidad o disminución de sanciones por violaciones a la libre competencia, a cambio de colaborar con las autoridades competentes. Podemos visualizar cómo este método busca otorgar una exención o reducción de las consecuencias que debiese tener el infractor.

Se puede identificar que el mecanismo sometido a análisis posee aspectos positivos como lo es la posibilidad de dismantelar carteles que son un conjunto de empresas de un mismo sector que trabajan juntas para fijar precios y/o repartir la demanda. Estos arreglos son perjudiciales para una economía de mercado, ya que socavan las ventajas de la competencia, las cuales permiten a los consumidores acceder a precios más bajos, mayor variedad y mejor calidad en los productos y servicios.

Se pudo observar a lo largo de esta tesis que la delación compensada pertenece a los programas de clemencia los cuales son utilizados, y en los distintos países su aplicación es diversa, aún con estas diferencias todos coinciden en esta posibilidad de eximir o reducir al infractor su sanción. Cabe mencionar que se identificó la estructura, procedimiento y funcionamiento de la delación compensada tanto en el derecho comparado como en Chile. De igual manera se observó la aplicación práctica de estos mecanismos en algunos casos de gran notoriedad pública.

Además, en esta investigación se pudieron observar con más detenimiento los criterios de obtención, y se pudo advertir la ausencia de un criterio de evaluación de riesgo que permita resguardar la libre competencia y parámetros más restrictivos para la obtención de importantes beneficios para personas que cometen graves atentados contra la libre competencia.

A partir de estos análisis puede señalarse que se logró el objeto de esta tesis al generar convicción de que este mecanismo requiere de modificaciones, las cuales fueron

propuestas en este trabajo de investigación, tales atienden a este vacío normativo existente, a la ausencia de retribución a los consumidores afectados, a la posibilidad de obtención de este beneficio por parte de quien ha cometido reiteradamente actos colusorios y a quien ha concertado con otros en contra de la libre competencia. Podemos concluir esta tesis dando cuenta de la necesidad de adoptar métodos, sistemas o programas siempre con la precaución de ir modificando de ser necesario hasta que el funcionamiento de los tales sea el más óptimo posible.

A partir de esta investigación puede afirmarse que la delación compensada es un buen sistema, que incentiva a delatar, lo que permite combatir la colusión en las grandes empresas que se ponen de acuerdo para cometer infracciones a la libre competencia, no obstante es un mecanismo cuya efectividad depende de variados factores, como lo son los antecedentes de quien solicita, a fin de evitar la reiteración de los actos colusorios, la ponderación que realiza la FNE para otorgar la delación, por cuánto es de materia exclusiva y excluyente de la FNE evaluar quién obtiene el beneficio, además de esto, podemos observar cómo la delación compensada la pueden obtener quienes cumplan los requisitos estipulados, los cuales son bastante pobres e insuficientes, ya que carecen de especificidad ya que son muy generales podemos advertir cómo se mencionó anteriormente que no se busca un resguardo de la libre competencia sino más bien se privilegia a quién otorga más información y antecedentes precisos a fin de que la FNE a quién está siendo delatado pueda requerirlo.

Además de todo lo anteriormente mencionado, al observar la aplicación de la delación compensada en los casos señalados en este trabajo podemos ver cómo un criterio de prevención auxiliaría a que no sucediera lo que ocurrió en el caso en el cual se descubrió coacción, siendo necesario establecer también como un criterio relevante, si bien ha sido incorporado, no pertenece a los tres criterios que rigen este mecanismo. Con ello, resta mencionar que este trabajo de investigación se desarrolló con miras a optimizar el mecanismo de la delación compensada y proporcionar una propuesta para aquellos casos en que se analice y se critique la funcionalidad de este beneficio.

Bibliografía

BUDNIK OJEDA Gabriel, Evolución y situación actual del tipo colusivo en el derecho de la competencia en Chile

CAVADA, Juan Pablo. Delación compensada: Chile y legislación extranjera, a. 1, septiembre 2016

https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28129/2/BCN_delacion_compensada_actualizado_2019.pdf

CARRASCO DELGADO “Análisis de los elementos jurisprudenciales de valoración de la delación compensada en Chile ,2023

https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S244851362023000100245

CONTRERAS Roberto, “Nota técnica sobre colusión y regulación”, Revista Chilena de la Economía Y Sociedad, 2016 Consulta: 08 de Julio 2024

CORTE SUPREMA. Causa rol N° 63.600-2019, Fiscalía Nacional Económica con CMPC y SCA Chile ,06 de enero de 2020

https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/01/sent_cs_01_2019.pdf

CORTE SUPREMA, Causa rol 15.005-2019 14 de agosto 2020

<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/08/LIBRE-COMPETENCIA-NAVIERAS-SUPREMA.pdf>

DFL 1 fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley n°211, de 1973. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, Chile, 07 de marzo del 2005

FNE, Reflexiones sobre el Derecho De la libre competencia: informes en Derecho Solicitados por la fiscalía nacional económica (2010 - 2017), Santiago,2017

Fiscalía Nacional Económica. Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión, Santiago, 27 marzo del 2017 Fiscalía Nacional Económica.

[https://www.fne.gob.cl/wp-](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia_Delacion_Compensada.pdf)

[content/uploads/2017/03/Guia_Delacion_Compensada.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia_Delacion_Compensada.pdf) GARÍN, RENATO La gran colusión Libre mercado a la chilena Editorial Catalonia, SL2019

GONZÁLEZ Aldo “Los programas de delación compensada para la persecución de los cárteles. una revisión de la bibliografía”,

https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s2448718x2008000300779&lang=es

GONZÁLEZ Aldo “Conceptos y aplicación de la delación compensada en la persecución de los cárteles”, 2007

GREBE IIRA, B. (2020). Hacia una delación compensada 2.0 en Chile. Investigaciones CeCo. <https://bit.ly/3NwARuv>

IRARRÁZAVAL ARTURO, Manual de Derecho Económico (libro electrónico), SL,2018 IRARRAZABAL Felipe, “El Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia”, FNE

LEÓN JIMÉNEZ ROSARIO Derecho de la competencia europeo y español, Editorial Dykinson, S.L.,2013

Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice Wouter P.J. Wils,D. Schmidtchen, M. Albert and S. Voigt (eds), The More Economic Approach to European Competition Law, Conferences on New Political Economy 24 (Mohr Siebeck, 2007), pp. 203-248
http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=456087

LEY 20945 Perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 30 de agosto de 2016

LÓPEZ BARCELÓ Gonzalo,” La delación compensada en el mercado de valores a tres años de su incorporación en la legislación chilena”,2023

https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071897532023000100207&lng=es&nrm=iso

MARMOLEJO Crispulo “algunas sentencias de la corte suprema que abordan conceptualmente el derecho de la libre competencia” ,2022

Ministerio de hacienda, Delación Compensada como herramienta de persecución de ilícitos de la ley de Mercado de Valores, consulta: 07 de julio 2024 <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTIPO=DOCUMENTOCOMUNICACIONC UENTA&prmID=16605>

OCDE, Resumen Utilizar la clemencia para luchar contra los cárteles overview Using leniency to fight Hard Core Cartels, 2002 <https://www.oecdilibrary.org/docserver/9789264174993sumes.pdf?expires=1734328872&id=id&accname=guest&checksum=8CBBC55261AB65A27414FCD0F58ACB53>

OCDE, Foro latinoamericano y del Caribe de competencia - Sesión I: Reforzando los incentivos para los acuerdos de clemencia, 27 y 28 de septiembre de 2022 [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2022\)13/es/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2022)13/es/pdf)

OYARZO HENRIQUEZ John, “Proyecto de ley anticollusión: oportunidades y riesgos en su tramitación, anti-cartel draft bill: opportunities and risks in its negotiation”, s.l, 2020 <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ42-P391.pdf>

RÍOS ROBERTO, La Comisión Para El Mercado Financiero, 2020 (libro electrónico)
RIVERO ORTEGA Ricardo Introducción al Derecho, Edit. Ratio Legis, 1999, Salamanca, 155 Páginas
https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200026

SANZ SALGUERO Francisco “Evolución del tratamiento de la colusión en Chile dentro del marco de la defensa de la libre competencia” año 2014 n° 2 pp. 11–52.

SEPULVEDA LASÉN, Vicente. ” Delación compensada y coacción: caso papeles” Prof., Guía: Francisco Agüero Vargas, Tesis de pregrado, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2024: <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/198895/Delacion-compensada-y->

coaccion-caso-papeles-Posibles-soluciones-a-las-diferencias-de-interpretacion.pdf?sequence=1&isAllowed=y

SIERPE CATALINA, La delación compensada en Chile. incentivos para delatarse” Editorial Thomson Reuters, SL,13 noviembre 2023

TDLC, Noticias TDLC emite sentencia en el primer caso en que aplican beneficios por delación compensada por colusión entre fabricantes de compresores para refrigeración, 15 junio 2012

<https://www.tdlc.cl/tdlc-emite-sentencia-en-el-primer-caso-en-que-se-aplican-beneficios-por-delacion-compensada/>

TRIBUNAL DE LA LIBRE COMPETENCIA Causa Rol N°160/2017. Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y Otra, diciembre 28, 2017 <https://www.tdlc.cl/sentencias/sentencia-n-160-2017-requerimiento-de-la-fne-contra-cmpc-tissue-s-a-y-otra/>

TRUJILLO Carlos, Análisis de la figura "Programa de Clemencia" en Derecho de competencia comparado. Parámetros para la aplicación en Ecuador, 15 de diciembre del 2017 http://scielo.senescyt.gob.ec/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S263124842016000100087&lng=es&nrm=iso

VILLA ORREGO Hernán “El derecho económico y su papel como agente vinculante de la sociedad y la naturaleza en la perspectiva de un desarrollo integral”, 2017

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302017000100049

