



HACIA UNA DELACIÓN COMPENSADA 2.0 EN CHILE

Benjamín Grebe Lira

Hacia una delación compensada 2.0 en Chile

Marzo 2020



Benjamín Grebe Lira

Abogado de la Universidad Finis Terrae y LLM in International Economic Law en Warwick University. Socio de Prieto Abogados.

I. INTRODUCCIÓN

La delación compensada es el instrumento de detección y desarticulación de carteles más eficiente y eficaz en el mundo. En Europa, desde el año 2011, casi el 100% de las investigaciones se han iniciado a través de esta herramienta¹. En Estados Unidos es “la herramienta investigativa más importante para detectar la actividad de carteles”² y en países de Latinoamérica como Brasil³, Perú⁴ y México⁵, ha sido indudable el avance creciente de la delación compensada para la prevención y detección de carteles.

La importancia de la delación compensada es proporcional a la generación de múltiples mecanismos a través de los cuales los carteles pueden coordinarse actualmente y en el futuro. La cultura de libre competencia y los programas de *compliance* han causado sin duda el efecto positivo buscado, en cuanto a disminuir las infracciones de libre competencia, pero al mismo tiempo han hecho que quienes hoy en día se coluden, no lo hagan a través de cartas, correos electrónicos, mensajería instantánea ni teléfonos registrados, lo que hace que la prueba de los mismos sea cada día más difícil. Por ello es que en la actualidad y especialmente en el futuro, la delación compensada es clave para detectar carteles.

En Chile, el desarrollo de la delación compensada desde su creación legal el año 2009 es algo más tenue de lo que se esperaría, especialmente en lo que se refiere a la delación de carteles multi-jurisdiccionales. Lo anterior podría deberse a que falta aún un mayor transcurso de tiempo desde su creación, o bien a la existencia de obstáculos durante el proceso de delación, o bien a una mezcla de ambas.

En el presente trabajo, nos referiremos a los pilares característicos de un buen sistema de delación compensada, conforme a la experiencia comparada, a la evolución de esta herramienta en Chile desde su creación el año 2009 y a las posibles brechas que pueden estar deteniendo su crecimiento. Según concluiremos, si bien al sistema de delación compensada en Chile hay que darle aún más tiempo para verificar sus resultados, sin duda hay aspectos que podrían ser mejorados desde ya y que podrían conducir hacia una delación compensada “2.0”, que en definitiva la transforme no en una de las herramientas de detección, sino que en la principal.

1 Johan Ysewyn y Siobhan Kahman, “The Decline and Fall of the Leniency Programme in Europe”, *Concurrences Review*, N° 1-2018 (2018), 46, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3126172; y Wouter P.J. Wils, “The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years”, *World Competition* 39, N° 3 (septiembre 2016), https://www.researchgate.net/publication/308984258_The_Use_of_Leniency_in_EU_Cartel_Enforcement_An_Assessment_after_Twenty_Years.

2 The United States Department of Justice, *Leniency Program* (septiembre 2019), <https://www.justice.gov/atr/leniency-program>.

3 Lucas Campio y Marcelo José Braga, “Evaluating the effectiveness of the Brazilian Leniency Program”, *Economics Bulletin* 39, N° 3 (2019).

4 Sobre Programa de Clemencia en Perú y su desarrollo ver: Ana de la Torre, “Perú avanza en la consolidación de su régimen anticárteles”, *LexLatin*, Noviembre 6, 2019, <https://lexlatin.com/reportajes/peru-avanza-consolidacion-regimen-anticarteles>.

5 En México se denomina Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones, ver: *Celebra COFECE 10 años del programa de inmunidad*, COFECE, 2016, <https://www.cofece.mx/celebra-cofece-10-an-os-del-programa-de-inmunidad/>.

II. PILARES CARACTERÍSTICOS DE UN BUEN SISTEMA DE DELACIÓN COMPENSADA

Según veremos, los pilares básicos de un buen sistema de delación compensada son comunes en diversas jurisdicciones, según la experiencia comparada.

En lo que se refiere a Europa⁶, el Profesor Richard Wish señala los 3 pilares sobre los cuales se debe construir un sistema de delación compensada eficiente: (i) la existencia de sanciones severas a los miembros del cartel que no delatan su actividad ante las autoridades; (ii) la existencia de un grado suficiente de seguridad de que quienes no se delatan, serán descubiertos y sancionados por la infracción; y (iii) el sistema de delación compensada debe ser transparente y predecible, es decir, quienes participan en el mismo deben tener la certeza de que el proceso funcionará.

En Estados Unidos se han definido las mismas piedras angulares: sanciones severas, alta probabilidad de detección y transparencia y previsibilidad⁷, factores que han dado muy buenos resultados, especialmente desde que se introdujeran mejoras al programa el año 1993⁸.

También dentro de las características típicas de un buen sistema de delación, se encuentra la confidencialidad del proceso, de las declaraciones y de los aportes de antecedentes. Algo que según veremos más adelante se contemplaba en forma especial en el proyecto de ley original de delación compensada en Chile, pero que no quedó plasmado en el texto final de la ley aprobada por el Congreso Chileno.

Respecto de la confidencialidad, existe una pugna natural y un balance necesario que realizar entre los principios de transparencia, sanción y reparación civil, por una parte, y los principios de inmunidad, clemencia y eficiencia de un programa compensada, por la otra.

Lo anterior, dentro de un contexto en el que la *regla de oro* es “nunca poner a un delator en una peor posición que un no cooperador”⁹. Esta problemática radica en que, como política pública, obviamente se debe buscar el detectar carteles, probarlos, sancionarlos y obtener las reparaciones correspondientes, pero al mismo tiempo la publicidad, las sanciones y las reparaciones pueden atentar contra la intención de un potencial delator de postular al beneficio, y consecuentemente, contra la detección de carteles. Así, al agregar obstáculos al delator en su proceso de toma de decisión, se podría correr el riesgo de que nunca se delate y luego, de que el cartel nunca sea descubierto y desarticulado.

En lo que se refiere a la confidencialidad de la delación, de los delatores y del contenido de la delación, tanto en Europa como en Estados Unidos el tratamiento de dicha confidencialidad parece más eficiente en su protección que en otros países -incluyendo Chile-. En Estados Unidos, por ejemplo, en la práctica se permiten durante el proceso de delación, las presentaciones realizadas en forma verbal por los abogados de los delatores¹⁰, lo que también se permite ante la Comisión Europea, que incluso establece ciertos lineamientos

6 Ver video en: Comisión Europea, *Learning Module on Leniency*, <https://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html>.

7 Scott D. Hammond, “The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades” (Discurso, Miami, Florida, febrero 25, 2010), 3, <https://www.justice.gov/atr/file/518241/download>.

8 Hammond, “The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades”.

9 Gary Spratling, “Discurso con motivo de GCR Awards Dinner” en *Global Competition Review* 20, N° 5 (2017), 43. Traducción libre.

10 “Cartel Leniency in United States: overview”, Thomson Reuters Practical Law, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-501-2185?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-501-2185?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1).

en la entrega de antecedentes verbales durante un proceso de delación¹¹.

Existen otras medidas prácticas que se destacan en el estándar de confidencialidad de Estados Unidos y Europa, jurisdicciones exitosas en sus sistemas de delación compensada, que podrían marcar la diferencia con jurisdicciones como la nuestra. Algunas de dichas medidas son: la ausencia de detalles confidenciales en la publicación de los acuerdos que se logran entre las autoridades y los delatores, juicios que se llevan ante un gran jurado en forma confidencial, oposición de las autoridades a la entrega de información a juzgados o cortes civiles, el tarjado de grandes pasajes de sentencias en Europa, etc.

Si bien gran parte de los pilares fundamentales de un programa de delación se cumplen en Chile, según veremos más adelante, la falta de confidencialidad dista bastante de la protección de la confidencialidad en otras jurisdicciones, lo que es generado principalmente por los principios de transparencia y fundamentación de las sentencias que exigen del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y luego de la Corte Suprema, el incluir muchos detalles de la información entregada en la delación, que probablemente en otras jurisdicciones no existirían.

III. EVOLUCIÓN DE LA DELACIÓN COMPENSADA EN CHILE DESDE SU CREACIÓN EL 2009 Y CARACTERÍSTICAS ACTUALES DEL SISTEMA

A. Proyecto y Ley 20.361

La delación compensada fue introducida en Chile por la Ley 20.361, del año 2009. Según consta en el Mensaje, el proyecto original enviado al Congreso¹² tenía algunas características que no se perpetuaron en el texto definitivo y que resultan altamente interesantes en el presente análisis:

1. Al contrario del tenor final aprobado por la Ley 20.361 y del tenor actual del artículo 39 bis, la exención completa de sanciones no estaba limitada en el proyecto de ley al primer delator que entregare antecedentes, sino que a los que determinará el TDLC en su sentencia definitiva, debiendo la Fiscalía Nacional Económica

11 Comisión Europea, *Delivering oral statements at DG Competition*, https://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/oral_statements_procedure_en.pdf

12 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Mensaje, *Historia de la Ley N° 20.361*, <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4696/>:

"11) Introdúcese el siguiente artículo 26 bis, nuevo: 'Artículo 26 bis.- El Tribunal deberá **reducir, o eximir en casos calificados**, el monto de la multa que le aplique en forma individual, a quien haya revelado a la Fiscalía Nacional Económica, hechos que configuran una conducta prevista en la letra a) del artículo 3° o que la acreditan, mediante el suministro de informaciones precisas, verídicas y comprobables que conduzcan a la determinación de los demás responsables, o sirvan para prevenir o impedir su ejecución. El Tribunal se pronunciará en la sentencia definitiva sobre la eficacia de la revelación aportada. En el caso que la Fiscalía Nacional Económica haya recibido en una investigación declaraciones y antecedentes proporcionados de acuerdo al inciso primero, deberá solicitar en el requerimiento, la reducción de la multa que estime adecuada o su exención, conforme a la eficacia que las declaraciones y antecedentes proporcionen a la investigación, la oportunidad en que se aportaron y que emanen de un partícipe en la conducta que no sea su promotor. En todo caso, el Tribunal podrá imponer una multa mayor a la propuesta si del mérito de la prueba aportada al proceso, se comprobare que las circunstancias y efectos de la conducta son más graves que las determinadas en el requerimiento. Las declaraciones y antecedentes aportados conforme a este artículo, **tendrán carácter secreto** desde que se den o entreguen a la Fiscalía Nacional Económica, la que deberá formar un expediente **administrativo especial y separado con tales declaraciones y antecedentes, al cual sólo tendrá acceso el Tribunal**.

Los **afectados** tendrán acceso únicamente a las piezas pertinentes de este cuaderno, cuando tales declaraciones o antecedentes se hagan valer en su contra por la Fiscalía Nacional Económica, o sean calificados como hechos a acreditar en los puntos de prueba o en una medida para mejor resolver decretada por el Tribunal.

Una **instrucción de carácter general del Tribunal precisará y desarrollará la aplicación de este beneficio y los criterios en virtud de los cuales se calificará la eficacia de las revelaciones aportadas**.

12) Agrégase, al artículo 30, el siguiente inciso final, nuevo: "El beneficiado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de acuerdo a lo señalado en el artículo 26 bis, será responsable **únicamente de los perjuicios causados por su conducta y no se le aplicará lo dispuesto en el artículo 2.317 del Código Civil**".

(FNE) solicitar en su requerimiento la reducción o exención pertinente. Se entregaba además al TDLC la facultad de dictar una Instrucción de Carácter General donde se precisaría y detallaría este beneficio. Es decir, el proyecto de ley original era bastante más amplio y genérico en establecer la posibilidad de los acreedores al beneficio, y lo dejaba radicado en el TDLC.

2. Según el proyecto de ley, los antecedentes y declaraciones entregados a la FNE tenían el status de “secretos”, en un cuaderno separado al que sólo podía acceder el TDLC. Los “afectados” podrían acceder al cuaderno secreto únicamente cuando dichos antecedentes fueran hechos valer contra ellos por la FNE o fuesen considerados como prueba por el TDLC. De esta forma, el proyecto contemplaba un buen balance entre la prueba para condenar a los no delatores, y su defensa cumpliendo con principios de debido proceso, restringiendo el acceso público a terceros distintos del Tribunal, la Fiscalía y del afectado.

En septiembre de 2007 y durante la tramitación del proyecto de ley en la Comisión de Constitución¹³, el Ejecutivo introdujo una indicación que finalmente dejaba la norma en términos muy similares a los aprobados finalmente, entregando a la FNE la determinación de las exenciones y reducciones (limitando la exención a quien entregara antecedentes en primer lugar y la reducción a un máximo de un 50% al segundo lugar), eliminando los párrafos destinados a mantener “secretos” los antecedentes y declaraciones aportados por el delator. En la historia de la ley no hay mayores explicaciones para esta indicación, salvo una referencia genérica a que se recogían comentarios en cuanto a que fuera la FNE y no el TDLC quien determinara la reducción o exención correspondiente.

B. Sistema actual, modificado por la Ley 20.945

En definitiva, desde el año 2009 existe en Chile un sistema de delación compensada que tiene las siguientes características principales:

1. La exención sólo al primero de los delatores y la reducción de multas hasta el segundo delator¹⁴ es decidida por la FNE, debiendo el TDLC aplicar dicha exención o reducción, salvo que se acredite durante el proceso que el eximido o beneficiario de reducción *“fue el organizador de la conducta ilícita, coaccionando a los demás a participar en ella”*¹⁵.

2. Para acceder a la exención total de multas y sanciones se debe, además de haberse delatado en primer lugar, proporcionar por parte del delator *“antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal”*¹⁶. Adicionalmente, el delator debe abstenerse de divulgar la solicitud de beneficios salvo que la FNE autorice su divulgación y debe poner fin a su participación en el ilícito inmediatamente después de presentar su solicitud.

3. De conformidad al artículo 63°, las personas que hubiesen aportado antecedentes a través de la delación compensada, estarán exentas de responsabilidad penal. De la lectura de dicho artículo, se entiende que la exención total de responsabilidad penal cubre a las personas que se hubiesen delatado en la primera

13 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Boletín N° 4234-03, *Historia de la Ley N° 20.361*.

14 El tenor de la Ley 20.361, anterior a la reforma de la Ley 20.945, era menos clara en cuanto a que el beneficio de reducción de multa se otorgaba hasta el segundo delator y existían dudas de interpretación respecto a si procedía o no el beneficio para delatores posteriores al segundo. Finalmente, la Ley 20.945 introdujo una norma explícita limitando el beneficio al segundo, en el art. 39 bis inciso 4° del DL 211.

15 DL 211, Artículo 39 bis, inciso 5°.

16 DL 211, Artículo 39 bis, inciso 2°, N° 1.

delación, correspondiendo una rebaja a la sanción penal a aquellas personas que hubiesen aportado antecedentes dentro de una segunda delación.

4. La Ley no entrega normas de procedimiento de la delación compensada ante la FNE. En marzo de 2017 y después de un proceso de consulta pública, la FNE publicó una nueva Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión (Guía de Delación)¹⁷, que reemplazó a la anterior guía del año 2009, introduciendo mejoras importantes en materia de confidencialidad y certeza¹⁸. El objetivo de la nueva guía del 2017 fue precisamente “*dar certeza jurídica a los que busquen beneficiarse de la delación compensada y acotar los espacios de discrecionalidad que la norma confiere a la autoridad*”¹⁹.

Si bien la Guía de Delación “*explicita los criterios y lineamientos de trabajo interno que utiliza la FNE 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.

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.

5. Desde la creación del sistema el año 2009, se ha tomado conocimiento²⁰ a través de los requerimientos de la FNE ante el TDLC, de siete procedimientos de delación compensada²¹, de un universo total de veintidós requerimientos por colusión presentados por la FNE desde la vigencia de la ley 20.361. Es decir, menos de un 35% de los requerimientos presentados por la FNE ante al TDLC han tenido su origen en un procedimiento de delación compensada. Nótese que esta estadística compara investigaciones de la FNE que efectivamente terminaron con un requerimiento ante el TDLC, pero el porcentaje es bastante menor si se le compara con

17 FNE, *Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión* (octubre 2017), https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia_Delacion_Compensada.pdf.

18 Entre otras mejoras se encuentran: (i) rangos de reducción de multas para el segundo lugar, con criterios de reducción explicitados; (ii) introducción de delación compensada aumentada; (iii) mayor claridad sobre tratamiento de personas jurídica y personas naturales dependientes e independientes; (iv) oficialización del trámite de consultas hipotéticas, que anteriormente sólo se consideraba a nivel de preguntas frecuentes; (v) definición de beneficio disponible ante consultas hipotéticas, en cuanto a que la respuesta debe seguir al “marcador” (es decir, a si existe o no una Solicitud de Indicador de Postulación); y (vi) muy importante, la posibilidad de realizar la Solicitud de Beneficios en forma verbal y no escrita.

19 FNE, *Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión*, 6.

20 Pueden existir procesos de delación compensada ante la FNE que no han sido conocidos por las normas de confidencialidad que existen durante la tramitación ante dicha instancia.

21 Casos correspondientes: *Requerimiento de FNE en contra de Tecumseh Do Brasil Ltda. y otra*, C-207-2010, Sentencia TDLC N°122/2012 (2012); *Requerimiento de la FNE en contra de Buses Pullman Costa Central S.A. y otras*, C-224-2011, Sentencia TDLC N° 133/2014 (2014); *Requerimiento FNE en contra de Asfaltos Chilenos S.A. y otras*, C-280-2014, Sentencia TDLC N°148/2015 (2015); *Requerimiento FNE en contra de CMPC Tissue y otra*, C-299-2015, Sentencia TDLC N° 160/2017 (2017); *Requerimiento FNE en contra de Laboratorio Biosano S.A. y otras*, C-312-2016, Sentencia TDLC N° 165/2018 (2018); *Requerimiento FNE en contra de CCNI S.A. y otras*, C-292-2015, Sentencia TDLC N° 171/2019 (2019) y *Requerimiento FNE en contra de Biomar Chile y Otras*, C-386-2019.

investigaciones iniciadas por la FNE en el mismo período. Por otra parte, de los siete procesos de delación conocidos, sólo dos de ellos²² se refieren a presuntos carteles multi-jurisdiccionales, y sólo dos de ellos²³ han tenido un segundo delator. Las buenas noticias para la institución de la delación, es que de los últimos casos fallados por el TDLC, la mayoría se han iniciado por delaciones compensadas lo que podría constituir una tendencia más reciente, a medida que ha madurado el sistema.

IV. POSIBLES MEJORAS DE RANGO LEGAL: CONFIDENCIALIDAD, EXTENSIÓN DE BENEFICIOS Y SANCIONES PENALES

A. Antecedentes para el análisis

Gracias a las leyes 20.361 y 20.945, así como a la Guía de Delación del año 2017, se ha logrado construir en Chile un sistema con buenos estándares de seguridad jurídica, que ha generado importantes casos de juzgamiento y condena de carteles y que han marcado el inicio y primer desarrollo de la misma. Sin embargo, como se indicó arriba, los resultados distan de los resultados que se han obtenido en otras jurisdicciones, lo cual probablemente se debe en primer término al no tan extenso tiempo desde la creación del sistema, y en segundo lugar a eventuales obstáculos que desincentivan el uso de esta herramienta.

Podemos señalar en términos generales que los tres pilares clásicos de un buen sistema de delación compensada, reseñados arriba, se cumplen en mayor o menor medida en Chile. El primero de dichos pilares, la existencia de sanciones severas para el culpable de delación, se cumple actualmente y sobre todo desde el año 2016²⁴ en Chile en forma plena, al existir importantes sanciones pecuniarias y de cárcel establecidas para quienes sean condenados por colusión. Aún cuando el segundo pilar –la percepción de que los culpables de colusión serán perseguidos y condenados– es algo más difícil de determinar, puesto que es imposible saber cuántos carteles no son detectados, en términos generales podemos decir que también se cumple, al contar Chile con una institucionalidad líder en la región en materia de investigación y castigo de infracciones a la libre competencia, con una fiscalía y un tribunal especializado que ha impuesto condenas ejemplares. El tercer pilar, la predictibilidad y certeza del sistema, es más difícil de cumplir en Chile. Al delator, según veremos, se le generan una serie de riesgos difíciles de medir y evaluar, que contrapesan los beneficios de exención de multa y cárcel y de reducción de las mismas.

Es importante reconocer que los plazos en materia de investigación y sanción de carteles son extensos. La complejidad de las conductas, la cantidad de variables involucradas y lo severo de las sanciones, ameritan investigaciones de larga duración y medios probatorios que no arrojen dudas respecto a su existencia. Diez años desde la creación de la delación compensada en Chile puede ser mucho tiempo, pero quizás no tanto para los tiempos que se deben manejar en la investigación de carteles, lo que puede justificar en parte, el que no se haya generado aún una avalancha de delaciones en nuestro ordenamiento.

Una segunda razón para que no existan tantas delaciones en Chile, la constituye el grupo de eventuales

22 Sentencias TDLC N° 122/2012 y N° 171/2019.

23 Sentencias TDLC N° 160/2017 y 171/2019,

24 El año 2016 se publicó en Chile la Ley 20.945, que modificó la determinación de multas e introdujo la sanción penal a la colusión. Hoy día las multas conforme al artículo 26° letra c) del DL 211 equivalen a un máximo de un 30% de las ventas del infractor en el negocio asociado a la infracción, o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción, o si no fuere posible determinar lo anterior, hasta 60.000 Unidades Tributarias Anuales. Por otra parte, se introdujo la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo a todo el que celebre, ejecute u organice acuerdos entre competidores en precios, limitación de producción, asignaciones de mercado o afectación de licitaciones de empresas u órganos públicos o de empresas privadas prestadoras de servicios públicos.

desincentivos que presenta la institución de la delación compensada en nuestro país. El riesgo de reconocer y confesar la existencia de un cartel y exponerse a multas y sanciones penales (en caso de no ser el primer delator) junto con el daño reputacional y las indemnizaciones a las que se puede exponer el delator, son factores que obviamente son considerados por quien está involucrado en un cartel y debe tomar tan importante decisión sobre si postular al beneficio, o no.

Liberar dichos “obstáculos del delator” tampoco es tan sencillo. Existe una sentida y justificada aspiración de condenar a los culpables de haber incurrido en colusión, a todos, sin excepción, con las sanciones más elevadas y en lo posible con pena de cárcel, dado que la colusión siempre ha sido considerada como la conducta más grave atentatoria contra la libre competencia²⁵. Se hace más difícil, por lo tanto, justificar los beneficios que un delator pudo haber obtenido por reconocer la infracción y haber entregado antecedentes.

B. Beneficios y Riesgos de quien postula a la delación compensada en Chile

Desde el punto de vista del potencial delator, en el análisis de pros y contras de la delación surgen una serie de beneficios y riesgos, que deben ser ponderados y evaluados para una mejor decisión. En esta parte es importante recordar que el DL 211 no establece una obligación objetiva de delatarse, sino que simplemente premia y beneficia con exenciones y reducciones a quienes aporten antecedentes constitutivos de una delación. Dicho de otra forma, todo potencial delator deberá evaluar riesgos y beneficios de dar el paso hacia la delación, debiendo ponderar y balancear los intereses de su persona, empresa, accionistas, trabajadores, clientes, etc., o lo que se determine según la ley y sus normas de gobierno corporativo.

1. Beneficios.

En esta evaluación, los beneficios de delatarse son suficientemente claros: el DL 211 establece en su artículo 39 bis el beneficio de la exención total de multa al primero que aporte antecedentes y que cumpla con las demás condiciones señaladas arriba. También se extiende esta exención a las eventuales sanciones penales de las personas que aportaron antecedentes en el proceso de primera delación. Al segundo delator se le concede la posibilidad de reducir la sanción pecuniaria en hasta un 50% (en un rango de porcentajes señalados en la Guía de Delación por la FNE), y a las personas que aportaron antecedentes en la segunda delación, una rebaja de un grado de la sanción penal. No hay otros beneficios objetivos, al margen de beneficios subjetivos, comunicacionales, o de otro orden que podrían determinarse por efectuar una delación, en un análisis caso a caso.

En cuanto a los riesgos y su eventualidad de ocurrencia, existe menor certeza. Por lo pronto, se advierten los siguientes:

2. El primer riesgo: el no ser primero.

El postular a la delación compensada y no obtener el primer lugar en la “fila de la delación” puede traer aparejados el iniciar un proceso largo y costoso, que finalmente tendrá como consecuencia una multa menor o una sanción penal menor, en caso de que se hubiese obtenido el segundo lugar, o ningún beneficio en caso de no haber obtenido el primer o segundo lugar.

²⁵ Como señala la Corte Suprema en *Requerimiento Fiscalía Nacional Económica en contra de Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otras*, Rol 32.149-2014, Sentencia Corte Suprema: “la colusión constituye de –entre todas las conductas atentatorias contra la libre competencia– la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas, de lo que se sigue que el resultado probable de tal coordinación es la subida de los precios, la restricción de la producción y con ello el aumento de los beneficios que obtienen las participantes”.

Lo anterior es natural y obvio: para que un sistema de delación compensada funcione, debe existir un beneficio claro al primer lugar, para que así, conforme a principios básicos de teoría de juegos, se genere una carrera por llegar primero, para lograr la exención completa de sanciones.

Sin embargo, es importante recordar que en el análisis de riesgos, el incentivo y beneficio de correr y llegar primero podría ser menor al riesgo de correr y obtener un segundo lugar. A este respecto, cabría preguntarse cuántos potenciales delatores se desisten de aportar antecedentes (por ejemplo en aquellos casos “grises” de colusión, o en casos de carteles con prueba de muy difícil detección) porque prefieren no acercarse al riesgo de una sanción penal, aun cuando ésta fuera rebajada.

A este respecto, se puede sostener que el trámite de “consulta hipotética”, contemplada en las preguntas y respuestas de la guía de delación del año 2009 y perfeccionado en la Guía de Delación del 2017²⁶, podría salvar este problema. Un potencial delator podría evitar este riesgo, efectuando una Consulta Hipotética al Encargado de Delación²⁷. Sin embargo la Consulta Hipotética tiene al menos dos problemas: no garantiza la exención si es que el potencial delator no solicita su Indicador de Postulación en forma casi simultánea a la consulta, por una parte, y por otra puede generar la apertura de una investigación en caso de que finalmente no se reciba un Indicador de Postulación. En efecto, en caso de efectuar la consulta el potencial delator, individualizando el mercado respectivo y no solicitar un Indicador de Postulación dentro de quinto día, la FNE puede iniciar de oficio una investigación en dicho mercado²⁸. Es decir, la Consulta Hipotética finalmente no parece descartar por completo el riesgo de no ser primero, que tiene una consecuencia tremendamente alta, tanto en lo pecuniario como en el riesgo penal.

3. El riesgo de ausencia de confidencialidad.

Un segundo riesgo es que en la práctica, iniciado un requerimiento ante el TDLC por parte de la FNE, la delación compensada deja de ser confidencial. La delación sí es estrictamente confidencial durante el procedimiento ante la FNE, pero en definitiva deja de serlo al momento en que la FNE debe acusar y probar los hechos ante el TDLC.

Es importante mencionar en esta parte, que el DL 211 y sus artículos 39 letra a) y 22²⁹ otorgan una limitada protección a la confidencialidad de la información, excepcionando del principio de publicidad únicamente la información competitivamente sensible³⁰ y la identidad del delator. Respecto a esto último y dado que la FNE debe individualizar en su requerimiento a los acreedores de exención y reducción, en la práctica lo que se protege es la identidad de las personas naturales que aportaron antecedentes durante el proceso de delación. Sin embargo, la aplicación del principio de publicidad en los procesos hace, o al menos puede hacer posible, la comisión de errores en la preparación de cientos o miles de fojas de versiones públicas que normalmente pueblan los expedientes en casos de colusión, lo que sumado al hecho de que la FNE cita

26 El trámite de la consulta hipotética se perfeccionó de dos formas: se elevó al nivel de guía y no de las preguntas y respuestas, por una parte, y más importantemente se precisó claramente lo que significaba el que un beneficio estuviese disponible, tomando como parámetro la existencia de una Solicitud de Indicador de Postulación (el “Marcador”) y no el que haya sido o no otorgado el beneficio, como ocurría con la anterior guía. Lo que podía ocurrir al amparo de la anterior guía, era que no estando otorgado el beneficio se podía informar que éste estaba disponible, aun cuando existiera un Marcador, lo que no ocurriría bajo la Guía de Delación actualmente vigente.

27 FNE, *Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión*, 13-14.

28 FNE, *Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión*, par. 28.

29 Ver también Auto Acordado N° 16/2017 sobre Reserva o Confidencialidad de la Información en los Procesos, disponible en https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/Autoacordados/AutoAcordado_N_16.pdf.

30 Concretamente, “aquellos instrumentos que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular”.

como testigos a los aportantes de antecedentes, genera una situación en que ni siquiera la confidencialidad de la identidad del delator –persona natural que aportó antecedentes– está completamente a salvo.

Finalmente, es importante recordar que, por principios de debido proceso, de justificación de las sentencias y de publicidad, finalmente el proceso de libre competencia en Chile, incluso en casos de delación, normalmente termina con extensas sentencias del TDLC y la Corte Suprema, con toda la relación de hechos y antecedentes probatorios, en detalle, que justifican la condena.

En conclusión, el concepto de confidencialidad en Chile para un proceso de delación es bastante relativo y de ahí el referirnos en la práctica a una *ausencia* de confidencialidad.

La ausencia de confidencialidad puede traer importantes consecuencias para el delator –y si es una empresa a sus empleados– que serán evaluadas por el potencial delator al momento de tomar su decisión. Por lo pronto, el riesgo reputacional es obvio, aunque dicho riesgo puede existir de todas formas aun cuando no exista delación y el cartel fuese detectado. Un segundo riesgo es la exposición de antecedentes altamente detallados, a terceros. Tarde o temprano, en un proceso de delación, el delator expondrá a las partes y al público que tiene acceso al expediente, mucha información que no cae bajo los estándares estrictos de confidencialidad del DL 211 y que podrán servir de material para futuras acciones en contra del delator, no sólo en Chile, sino en el caso de carteles internacionales también en el extranjero.

Por muchas medidas de confidencialidad que los carteles multinacionales obtengan en Europa, Estados Unidos u otras jurisdicciones, tales medidas se perderán al momento de delatarse en Chile, donde finalmente se conocerán muchos aspectos y detalles de los hechos delatados. Lo anterior puede atentar contra un principio mayor de la institucionalidad de la delación, que es generar delatores para descubrir y desarticular carteles.

C. Mejoras a la institución de la delación

Conforme a lo anterior, hay al menos tres medidas obvias que podrían incentivar y hacer más atractiva la delación compensada, y con ello generar una mayor cantidad de investigaciones de colusión y de descubrimiento y desmantelamiento de carteles. Las tres medidas requieren de modificación legal, aunque aun no existiendo ley, las autoridades podrían acercarse a ellas con las herramientas legales existentes.

Un importante preámbulo necesario antes de proponer mejoras que en definitiva otorgan mayores incentivos al delator, es dejar claro que a nivel político y de opinión pública, medidas como las propuestas pueden parecer discutibles, incorrectas e incluso reprochables, en un mundo en que la indignación en contra de los abusos, en general, y en particular contra los carteles, es crecientemente mayor. El favorecer a quienes incurrieron en un ilícito, sin duda genera reacciones negativas, por lo que cualquier modificación a este respecto requiere de una discusión previa, transparente y abierta, sobre las ventajas para la sociedad y para los mercados que un eficiente sistema de delación compensada puede brindar. Estando de acuerdo en ello y en que este es un asunto de política pública que merece dicha discusión, cualquier modificación aparecerá como más legítima y con más probabilidades de existir.

Dicho lo anterior, una **primera medida** es extender el beneficio de la reducción a delatores que aportan antecedentes después del segundo delator. Obviamente que el beneficio al tercer y subsecuentes delatores debe ser menor al del segundo y primer delator, pero considerando que el aporte de información a la autoridad de más miembros de un cartel es beneficioso –y en algunos casos incluso necesario– para desarticular un cartel, no existe motivo para que no existan incentivos para que mayor cantidad de delatores

se acerquen a la autoridad, facilitando además el que los miembros del cartel no controviertan la existencia del mismo, generando beneficios obvios al momento de presentar la FNE un requerimiento ante el TDLC.

Una **segunda medida**, es extender la exención penal no sólo al primer lugar, sino que a todo quien aporte antecedentes adicionales considerados por la FNE como suficientes y completos en relación a un cartel, como ocurre en México³¹.

Un argumento clásico para desestimar esta exención total, es señalar que con ello se acaban los incentivos en la carrera por ser primero. Sin embargo, existen dos razones para insistir en una exención a todos los delatores: (i) el riesgo de ser sancionado penalmente puede llegar al extremo de eliminar por completo la carrera, dado que ningún potencial delator podría estar dispuesto a tomar voluntariamente y antes de ser acusado, el riesgo de realizar la pregunta hipotética (que podrá generar una investigación o “alimentar” una investigación existente) ni el riesgo de delatarse, ante la eventualidad de recibir una sanción de cárcel, incluso aunque esta fuese reducida; y (ii) la carrera por ser el primero -con exención penal para todos los delatores- existirá de todas formas, por las altas multas que existen en nuestro sistema, con lo cual los incentivos para ser primero seguirán existiendo, más aún con la garantía de una exención penal.

En **tercer lugar**, se hace necesario el resguardo íntegro de la confidencialidad de la totalidad de los antecedentes aportados en la delación, y no en los términos limitados que existen hoy en día. Según se indicó, el proyecto de ley original incluía la existencia de un expediente “secreto”, lo que parece ir en la dirección correcta en una buena política de delación compensada. Adicionalmente, habría que establecer una excepción respecto a la publicidad de las sentencias, en cuanto a permitir con rango legal el mantener cierto grado de información de la sentencia en forma confidencial y secreta. Obviamente, el afectado, como señalaba el proyecto de ley original, debe tener acceso con obligación de reserva al expediente secreto en caso de que quisiese hacer valer en su contra. Creemos que lo anterior daría mayores garantías al delator en el resguardo de la confidencialidad de la información y generaría los incentivos correctos para entregar una mayor cantidad de información a la autoridad, junto con facilitar los engorrosos sistemas de versiones públicas que actualmente se llevan ante el TDLC por disposición de ley, los cuales además no están exentos de errores dada la magnitud de información que se maneja.

Sabemos que las tres medidas son difíciles de obtener, en un contexto en que la mayoría de la población exige mayores sanciones y mayor transparencia en este tipo de procesos, pero al menos creemos necesario instalar la discusión entre los distintos estamentos para tener una discusión seria y que apunte a principios de políticas públicas, respecto a las modificaciones legales que podrían existir.

Finalmente, aun sin una modificación legal, hay algunas medidas que sí podrían adoptarse y que podrían ir en línea con las propuestas más arriba. La FNE podría, por ejemplo, dar lineamientos más claros, ya no de garantía de exención o de reducción, pero al menos de reconocimiento de cooperación, para aquellos postulantes a delación que no obtuvieron el primer o segundo lugar pero que cooperan activamente en la investigación. Lineamientos más claros podrían darse también por la FNE, respecto al ejercicio de acciones penales en contra de aquellos delatores que no obtuvieron el primer ni segundo lugar, pero que sí cooperaron activamente entregando información adicional y relevante. Finalmente, respecto a la confidencialidad, creemos que podría generarse un tratamiento distinto para los expedientes judiciales en que hubo delación compensada, que no necesariamente contenga por defecto versiones públicas, y que sea un buen balance de las normas legales del DL 211 con el principio de protección de confidencialidad que debe existir en un buen sistema de delación compensada.

31 COFECE, *Programa de Inmunidad*, <https://www.cofece.mx/autoridad-investigadora/programa-de-inmunidad/>.

D. La coacción y el fallo de la Corte Suprema en el caso *Papel Tissue*³².

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"*³³. 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"*³⁴.

Excede el ámbito de este trabajo el determinar cuál es el alcance correcto del concepto de coacción, sin perjuicio de lo cual estimamos que la sentencia de la Corte Suprema ya referida no debiese ser considerada como un gran obstáculo para un delator. Obviamente que agrega y suma riesgos a la delación, especialmente a aquellos que son líderes de mercado o son considerados como organizadores de la colusión, pero creemos que los problemas enunciados anteriormente son de mayor relevancia que este riesgo.

Adicionalmente, la Corte Suprema en la misma sentencia aclaró y resolvió no extender el beneficio de exención al segundo delator, que era la parte que reclamaba la exención. Con ello la sentencia eliminó o al menos redujo los incentivos para que segundos delatores aleguen la coacción. Lo mismo respecto de otras partes acusadas, quienes al alegar coacción reconocerían la existencia de un cartel, algo de lo cual los requeridos no delatores no debiesen buscar en condiciones normales. Lo anterior confirma que la reciente sentencia de la Corte Suprema no debiese ser el gran obstáculo de la delación a futuro.

32 *Requerimiento FNE en contra de CMPC Tissue y otra*, C-299-2015, Sentencia TDLC N° 160/2017 (2017) y Rol N°1.531-2018, Sentencia Corte Suprema (enero 6, 2020).

33 *Requerimiento FNE en contra de CMPC Tissue y otra*, C-299-2015, Sentencia TDLC N° 160/2017 (2017) C. 152.

34 *Requerimiento FNE en contra de CMPC Tissue y otra*, Rol N°1.531-2018, Sentencia Corte Suprema (enero 6, 2020), C. 22.

V. CONCLUSIÓN

A nivel comparado, la existencia de sanciones severas para aquellos que infringen la libre competencia, la eficacia en la persecución de las infracciones, la existencia de procesos de delación compensada ciertos y predecibles, y un cierto nivel de confidencialidad en los antecedentes aportados, son elementos comunes que han dado buenos resultados en la detección y desarticulación de carteles, a través de la herramienta de la delación compensada.

En Chile existe la delación compensada desde el año 2009 y pareciera que no ha rendido sus frutos al nivel de otras jurisdicciones. Lo anterior puede ser cuestión de tiempo o la existencia de obstáculos para el delator, o una combinación de ambos.

Frente a los beneficios y riesgos que todo delator debe analizar, se proponen tres medidas a discutir: el extender los beneficios a otros postulantes (además del primer y segundo delator), el extender la exención penal a todos los aportantes de antecedentes, y el generar una protección de confidencialidad total o al menos más rigurosa que la existente actualmente, todos aspectos que requieren de una modificación legal. Conscientes de que son medidas complejas desde el punto de vista de la agenda pública, creemos necesario al menos realizar un análisis más profundo respecto a lo anterior, con participación de autoridades, expertos y otros interesados, para determinar la conveniencia, como política pública, de introducir medidas como las propuestas.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Benjamín Grebe Lira, "Hacia una delación compensada 2.0 en Chile",
Investigaciones CeCo (marzo, 2020),

<http://www.centrocompetencia.com/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile