



UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ



# CORRUPCIÓN PRIVADA E ILÍCITOS ANTICOMPETITIVOS

Salvador Vial



# Corrupción privada e ilícitos anticompetitivos

Julio 2021



## Salvador Vial

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Socio de Giroux Vial Abogados. Master en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad de Barcelona y la Universidad Pompeu Fabra. Magíster en Derecho por la Universidad de Michigan, Estados Unidos. Cuenta con cursos de post-grado en diversas materias, tales como libre competencia, litigación y Derecho Tributario.

## I. INTRODUCCIÓN

El legislador cuenta con distintas herramientas para regular los mercados. En el fondo, el objetivo siempre es el mismo, pero el tipo de acciones que se pretenden regular, como también los fines buscados para lograr el objetivo de fondo son diferentes, pues en principio no tiene mucho sentido utilizar dos vías paralelas para lograr exactamente lo mismo.

Tal es el caso de lo que ocurre con el nuevo delito de corrupción privada y las infracciones contempladas en el Decreto Ley N°211, de 1973 (el “**DL 211**”). Veremos que ambas vías propenden por un adecuado funcionamiento de los mercados, pero lo hacen a través de objetivos distintos y de maneras diferentes.

Las distinciones son relevantes y de ellas se derivan importantes consecuencias prácticas como veremos.

## II. SOBRE EL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA

La Ley N°21.121, de 2018, que modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción (la “**Ley 21.121**”), en su artículo 1 numeral 19), incorporó al Código Penal los artículos 287 bis y 287 ter, que tipifican el ilícito de corrupción privada, tanto en su modalidad pasiva como activa, respectivamente.

La modalidad pasiva se refiere al empleado o mandatario que solicita o acepta recibir un beneficio económico o de otra naturaleza para sí o para un tercero, por favorecer o por haber favorecido en el ejercicio de sus labores la contratación de un oferente por sobre otro. Desde la perspectiva de la corrupción privada activa, se sanciona al sobornante, esto es, a quien da, ofrece o consiente en dar el beneficio al referido empleado o mandatario.

Como puede verse, se identifican dos contraprestaciones en esta relación entre sobornante y sobornado. El primero se compromete con el segundo a un beneficio económico o de otra naturaleza<sup>1</sup>, a cambio que el sobornado lleve a cabo una acción u omisión para favorecer la contratación de un oferente por sobre otro<sup>2</sup>.

---

1 De acuerdo a la Historia de la Ley N°21.121, en el plano internacional se habrían dado casos de retribuciones de carácter honorífico o favores sexuales, así como también beneficios indebidos que podrían no caer bajo el concepto de beneficio económico (directo), como la promesa de darle trabajo al empleado público más adelante, cuando deje su cargo (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°21.121*, 15 y 32, [https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/7597/HLD\\_7597\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7597/HLD_7597_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf)).

La contraprestación debida por el empleado corrompido es bien concreta, favorecer a un oferente por sobre otro, pretiriendo así a un proveedor con quien probablemente se habría contratado de no mediar corrupción y beneficiando a quien da u ofrece el beneficio por ese solo hecho<sup>3</sup>.

Otro aspecto relevante tiene que ver con la calidad de *empleado* o *mandatario* del sujeto sobornado, lo que puede contribuir a aclarar la extensión del tipo por la vía de descartar la penalidad de ciertas conductas. En efecto, la corrupción privada solo se refiere al empleado o mandatario, no al empresario, de lo cual se deriva que si un proveedor ofrece a la empresa un beneficio para que lo prefiera a aquel en lugar de otros actores, no habrá delito. Este aspecto parece de toda lógica, desde que en ese caso el beneficio recibido por el empresario se confunde con el valor del bien o servicio, pues una empresa que tiene que tomar una decisión de contratación considerará en su globalidad todos los elementos a internalizar; los incentivos de ambas puntas están alineados en ese caso y, por ende, la transacción es la más eficiente. Naturalmente, eso no ocurre en el caso de que el beneficio sea exclusivamente a favor del empleado o de un tercero vinculado a este; en este supuesto la decisión de contratación estará exclusivamente en función de los incentivos del mandatario, afectando así al mandante y también al proveedor más eficiente.

Hechas esas breves precisiones en torno a algunos elementos básicos del tipo objetivo de corrupción privada, para comprender la lógica de este delito y determinar el ámbito de aplicación de estos tipos penales y con ello las diferencias con los ilícitos antimonopólicos, cobra relevancia la interpretación teleológica, lo que reconduce al bien jurídico que subyace al delito.

Independiente del nombre o etiqueta que quiera asignársele al bien jurídico protegido por el delito de corrupción privada<sup>4</sup>, en mi concepto, este se vincula a las expectativas normativas que surgen en los proveedores a nivel industrial<sup>5-6</sup>. Estos confían en el funcionamiento del mercado, entienden que si se les

- 
- 2 Es interesante efectuar un contraste con lo que ocurre con la corrupción de funcionarios públicos, especialmente a partir de una importante modificación efectuada al respecto por la Ley 21.121. Antes de la publicación de dicha ley, siempre se requería que la vinculación entre el sobornante y el sobornado involucrara una contraprestación del segundo a favor del primero, consistente en la ejecución de un acto propio del cargo (*cohecho propio*), la ejecución o la omisión de un acto con infracción a deberes del cargo (*cohecho propio agravado*) o la comisión de un delito funcionario (*cohecho impropio*). Una vez entrada en vigencia la Ley 21.121, se incorporó también la modalidad de *cohecho por la función* que consiste simplemente en el beneficio dado, ofrecido o que se promete dar a un funcionario público por su carácter de tal, aún cuando no se haya acordado una contraprestación concreta. Este nuevo ilícito busca evitar que se afecten de manera generalizada los incentivos del funcionario y abordar así problemas de corrupción sistémica. En el ámbito de las relaciones entre privados no existe la modalidad *por la función* por un tema elemental de tipicidad objetiva conforme al texto de la ley.
  - 3 A priori, lo restrictivo de la contraprestación pareciera producir resultados insatisfactorios, como que –en mi concepto y por un tema de texto expreso– no sea sancionable el caso de la empresa constructora que soborna al inspector técnico de obras (ITO) para que no le curse una multa contractual, o el del ofrecimiento de incentivos a deportistas profesionales para que se dejen perder en un evento deportivo. Sin embargo, aun cuando esas conductas no realicen el tipo objetivo de corrupción privada, eso no significa que las mismas no infrinjan otras disposiciones del Código Penal. En efecto, en el caso del soborno al ITO, probablemente podría configurarse un ilícito de administración desleal, donde este será castigado como autor ejecutor conforme al artículo 15 N°1 del Código Penal, mientras que el sobornante lo será a título de inductor, en virtud de lo dispuesto en el N°2 del mismo artículo. Por el lado del soborno a deportistas, generalmente el asunto gira en torno a la obtención de beneficios a través de apuestas sobre el resultado del partido o evento deportivo, en cuyo caso podría configurarse el delito tipificado en el artículo 470 N°7 del Código Penal, que sanciona a los que en el juego se valieren de fraude para asegurar la suerte.
  - 4 Así, por ejemplo, en España la doctrina mayoritaria se refiere al bien jurídico como la "*leal competencia*", agregando eso sí que se trata de un medio para asegurar el normal funcionamiento del mercado (Carolina Bolea "El delito de corrupción privada Bien jurídico, estructura típica e intervinientes", *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, N° 2 (abril 2013), 10, <http://hdl.handle.net/2445/53524>). El concepto de "*leal competencia*" calza bastante con lo planteado en las discusiones del debate parlamentario del proyecto que culminó con la dictación de la Ley 21.121, donde el profesor Héctor Hernández instó para que el delito de corrupción privada en Chile se estableciera sobre la base del modelo de *competencia leal*, donde el foco es proteger al competidor excluido, preferente en su concepto al modelo de *protección del mandante* (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°21.121*, 20-21 y 39).
  - 5 En la Historia de la Ley 21.121, se consigna que se trata de un ilícito establecido en protección del mercado y de los competidores (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°21.121*, 5).
  - 6 Decimos a nivel industrial, porque la lógica de la corrupción a un empleado de una empresa adquirente parece estar pensada principalmente para el caso de actores que operan aguas arriba en la cadena productiva, no a nivel de consumidores (i.e. mercado *retail*), pues, salvo casos más bien excepcionales, los consumidores no suelen adoptar formas de organización que generen relaciones de agencia, necesarias para que exista el empleado o mandatario al que aluden los tipos penales de corrupción privada activa y pasiva.



invita a participar lo es en igualdad de condiciones y que, además, si formulan una oferta mejor que sus competidores debieran ser beneficiados con la asignación de la provisión del bien o servicio.

La corrupción privada atenta radicalmente contra ese axioma, alterando perversamente los incentivos de los proveedores, pues, en lugar de esforzarse para diferenciarse de otros oferentes respecto a una variable de competencia (i.e. precio, calidad u otro) y así aumentar sus ventas, pueden lograr el mismo objetivo de alcanzar igual cantidad de transacciones a un costo considerablemente menor, atendido que otorgar un beneficio específico a un empleado relevante de la empresa cliente es menos oneroso que, por ejemplo, disminuir el precio o invertir en investigación y desarrollo.

Entendido así el problema, la gravedad del fenómeno de la corrupción privada es patente, pues no solo perjudica el patrimonio de los proveedores preteridos a consecuencia del beneficio que reciba el empleado o mandatario<sup>7</sup>, sino que en el agregado promueve transacciones ineficientes en la industria, al desprestigiarla y corromperla, afectando así a todos quienes se vinculan a la misma, esto es, proveedores, clientes, trabajadores y consumidores.

En efecto, a medida que se van frustrando las expectativas de los proveedores, se produce una desconfianza sistémica en el funcionamiento de la industria en concreto, generando entonces desincentivos para que los demás proveedores participen en la misma. Las prácticas de corrupción tienen ese efecto inherente de torcer, viciar o desprestigiar un sector productivo, afectando así la confianza en la misma y, con ello, su funcionamiento.

Un efecto que derivaría de lo que se acaba de indicar es que, en mi concepto, no debiese ser de recibo una tesis de defensa que, sobre la base de una interpretación teleológica, intente argumentar que en ese caso particular la transacción que se cerró a favor de la empresa que dio, ofreció o aceptó el beneficio en definitiva era de todos modos la más eficiente. En ese caso, las expectativas normativas de los demás proveedores igualmente se verán frustradas, porque no solo se trata de la certeza de que lograrán la adjudicación si formulan la mejor oferta, sino que, más relevante aún, de confiar en que están compitiendo con transparencia y en igualdad de condiciones.

### III. ILÍCITO ANTICOMPETITIVO Y PODER DE MERCADO

En el apartado anterior se abordó brevemente el delito de corrupción privada, como también se explicó que en el fondo pretende velar por el adecuado funcionamiento de los mercados y que eso lo hace protegiendo las expectativas normativas de los proveedores que interactúan en ellos de buena fe.

En el Derecho de la Competencia, la imposición de sanciones para los ilícitos descritos en esa normativa también busca fomentar y preservar la correcta operación de los mercados, pero de una manera distinta, protegiendo la libre competencia, elemento de alto componente económico y quizás menos difuso que las expectativas de proveedores, que es de carácter estrictamente normativo.

Se trata de velar por que los mercados mantengan una estructura de incentivos que les permita funcionar

---

<sup>7</sup> Por esa razón no comparto aquellas aproximaciones que intenten identificar el objeto de protección con el patrimonio de el o los competidores preteridos.

razonablemente bien<sup>8</sup>, de manera tal que los agentes económicos busquen ofrecer más y mejores productos y a precios más convenientes para el público. Tales condiciones de mercado surgen solo cuando hay presión competitiva<sup>9</sup>, disminuyéndose cuando un agente económico tiene una posición dominante<sup>10-11</sup>.

En suma, el objetivo del Derecho de la Competencia es velar por la intangibilidad del proceso competitivo, solo eso. Más aún, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha sido enfática en manifestar que lo que se busca es velar por la competencia en sí, es decir, el mantenimiento de la estructura de incentivos a la que se hizo mención precedentemente, no proteger a competidores individualmente considerados<sup>12-13</sup>.

Dado que esas condiciones se ven mermadas cuando uno o varios actores tienen un grado significativo de poder de mercado (i.e. posición dominante), todas las modalidades de ataque al proceso competitivo que se regulan en el Derecho de la Competencia de un modo u otro siempre reconducen a ese elemento en común, el poder de mercado. El reproche va a depender de cómo se obtiene o conserva una posición dominante<sup>14</sup> o, alternativamente, cómo ella se ejerce por un agente económico que la tiene.

Veamos.

En el caso de los acuerdos entre competidores, previstos en el artículo 3, letra a), del DL 211, el cuestionamiento se refiere a cómo se obtiene ese poder de mercado; los agentes económicos, en lugar de buscar el propio beneficio manteniendo la independencia que debe regir entre ellos y que constituye un pilar fundamental del sistema económico, deciden concertarse para alcanzar poder de mercado y, de ese modo, tomar y ejecutar decisiones que actuando de forma independiente no podrían adoptar<sup>15</sup>.

---

8 Herbert, Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution* (Cambridge: Harvard University Press, 2008), 14.

9 Como se sabe, un agente económico que no tiene poder de mercado producirá la cantidad que arroje la intersección de su curva de costo marginal con la curva de demanda, mientras que una entidad con poder de mercado significativo producirá una cantidad menor, igual o cercana a la correspondiente al punto donde intersectan sus curvas de ingreso marginal y costo marginal (Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise*, 19). El resultado en este segundo caso es que personas que están dispuestas a adquirir el bien o servicio a precios competitivos, optarán por otra opción que no es la mejor, generándose así una asignación de recursos menos eficiente.

10 Ello ocurre, básicamente, cuando un agente económico cuenta "[...] con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores" (véase, por ejemplo, Caso T-66/01, *Imperial Chemical Industries v. Comisión Europea*, par. 254).

11 Todos los agentes económicos tienen cierto grado de poder de mercado, pues en caso contrario serían meros tomadores de precio con nula capacidad para que sus definiciones comerciales pudiesen tener incidencia en la práctica. De ahí que necesariamente los conceptos de poder de mercado y posición dominante sean distintos, pero no resultan tan claros esos matices. En una exposición efectuada para la Fiscalía Nacional Económica en marzo del año 2013, el profesor Massimo Motta explicó elocuentemente que podía entenderse básicamente que "posición dominante" implica un grado importante o significativo de poder de mercado.

12 *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962). El mismo tribunal ha calificado como un elemento "axiomático" que el Derecho de la Competencia no busca proteger a los competidores, sino al proceso competitivo en sí (*Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993)). El profesor Daniel Crane señala que la parte demandante en un caso de libre competencia debe probar que "[...] la conducta perjudica la competitividad del mercado en sí. Cualquier alegación que no satisfaga ese estándar será rápidamente desestimada bajo la máxima "competencia, no competidores" (traducción libre de Daniel Crane *Antitrust* (Nueva York: Wolter Kluwer Law & Business, 2014, 98).

13 Esta también sería la aproximación de la Comisión Europea (Richard Whish y David Bailey, *Competition Law* (Nueva York: Oxford University Press, 7ª ed., 2012), 22).

14 Por supuesto, la sola tenencia de una posición dominante no es algo ilícito. De hecho, si un agente económico logra esa posición debido a que fue capaz de ofrecer mejores productos a mejores precios, se trata de una verdadera recompensa que se encuentra en sintonía con lo que el sistema promueve. También es lícito si esa posición se obtiene de manera fortuita (véase sentencia pronunciada por la Suprema Corte de los Estados Unidos en *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563 (1966)).

15 Es cierto que, a partir de la Ley N°20.945, publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto de 2016, se eliminó el poder de mercado como elemento objetivo explícito del tipo respecto a algunas modalidades de la infracción descrita en el artículo 3, letra a), del DL 211. Sin embargo, en mi concepto, eso no quiere decir que el poder de mercado desaparezca como presupuesto para la configuración de la infracción; el único alcance es que la parte requirente o demandante no tendrá la carga de probar la existencia de ese poder de mercado en sí, circunstancia que es de toda lógica. Por ejemplo, si dos competidores toman concertadamente la decisión de aumentar sus precios, eso es precisamente porque alcanzaron poder de mercado, pues, al fin y al cabo, aquello consiste en la mayor o menor capacidad de fijar pre-

Sobre el abuso de posición dominante, descrito en el artículo 3, letra b), del DL 211, la reprochabilidad del ilícito se refiere a cómo el agente económico ejerce ese poder de mercado y lo encamina a dificultar, perturbar o impedir la operación de un competidor (abusos exclusorios) o, eventualmente, extraer abusivamente excedentes aguas arriba –de sus proveedores– o aguas abajo –de sus clientes– (abusos explotativos), aunque como es sabido, las conductas propias de esta vertiente “extractiva” son fiscalizadas con mucha menor frecuencia y para configurar una infracción los requisitos son considerablemente más exigentes<sup>16</sup>.

En las prácticas predatorias o de competencia desleal, contempladas en el artículo 3, letra c), del DL 211, nuevamente el reproche vuelve a la vía por la que se alcanza cierto poder de mercado. Por ejemplo, en una estrategia de precios predatorios, el agente económico que la desarrolla sacrifica sus utilidades presentes a objeto de excluir a un incumbente (la *presa*), para –una vez logrado ese objetivo– alcanzar cierto poder de mercado y utilizarlo para subir sus precios, en circunstancias que, de otro modo, con presión competitiva de otros actores, no podría ejecutar esa decisión comercial.

Respecto a la figura del *interlocking*, incorporado por la Ley N°20.945 como nueva letra d) del DL 211, la lógica es similar a lo que ocurre con los acuerdos entre competidores, pero con algunos matices. Si un director o ejecutivo relevante cuenta con información sensible de dos agentes económicos que son competidores, existe el riesgo de que se tienda a generar un equilibrio colusivo<sup>17</sup>, pues esa información le permitirá adoptar decisiones estratégicas que de otro modo –de existir la incertidumbre propia del proceso competitivo– no podría tomar, comportándose en la práctica con la misma independencia que lo hace un agente económico que tiene un grado importante de poder de mercado.

Por último, en las operaciones de concentración reguladas en el Título IV del DL 211, el análisis que determinará si la Fiscalía Nacional Económica autoriza pura y simplemente una transacción, si accede a ella con ciertas condiciones o si la prohíbe, también depende de si las proyecciones indican que el ente resultante de la operación alcanzará un poder de mercado relevante, que le permita adoptar decisiones con una independencia competitiva significativa.

Otro aspecto relevante tiene que ver con ciertas defensas que pueden permitirle a un agente económico eximirse de responsabilidad, pese a configurarse *prima facie* los elementos objetivos descritos en la correspondiente figura infraccional. En el Derecho de la Competencia sí resultan admisibles argumentos de esa índole, pues, salvo en el caso de carteles duros, existe consenso en que el agente económico no será sancionado si acredita –muy en resumidas cuentas– que, no obstante el desarrollo de la práctica, los beneficios alcanzados con ella (e.g. precios más bajos o mayor calidad para los consumidores) superan sus efectos negativos (e.g. que un agente económico salga del mercado), siempre que los primeros no sean alcanzables por otra vía<sup>18</sup>.

---

cios sobre los costos marginales (o tomar una decisión equivalente desde el punto de vista de la cantidad producida). En consecuencia, resulta inoficioso y hasta tautológico indagar sobre las complejidades económicas para constatar si los miembros del cartel obtuvieron poder de mercado en virtud del acuerdo, pues su comportamiento ya es suficientemente sintomático de su existencia.

16 Véase *Demanda de Condominio Campomar contra Inmobiliaria Santa Rosa de Tunquén Ltda.*, C-304-2012, Sentencia TDLC N° 140/2014.

17 Sobre la descripción de este fenómeno, véase *Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.*, NC-397-2011, Resolución TDLC N° 43/2012, par. N° 12.4.

18 Para una explicación sobre la aproximación de los tribunales en los Estados Unidos de Norteamérica, véase Crane, *Antitrust*, 53-54.

## IV. ANÁLISIS

Contrariamente a lo que un interviniente sostuvo en la discusión parlamentaria del proyecto que culminó con la Ley 21.121<sup>19</sup>, el delito de corrupción privada no tiene nada que ver con la libre competencia.

Existe cierta similitud entre los objetivos de política criminal que se pretenden con la tipificación del delito de corrupción privada y los fines del Derecho de la Competencia, pues en ambos casos se busca en definitiva que existan condiciones para que los mercados funcionen correctamente y se comporten de manera eficiente.

Sin embargo, el tipo de conductas o actuaciones a que se refiere la corrupción privada son muy distintas a aquellas que regula el DL 211, e incluso resulta muy difícil que en la práctica un hecho pueda constituir un delito de corrupción privada activa y, al mismo tiempo, una infracción al artículo 3 del DL 211.

En las infracciones contra la libre competencia, el DL 211 busca principalmente mediante multas desincentivar a los agentes económicos a alcanzar o mantener cierto poder de mercado con infracción a las reglas del libre mercado, como también que utilicen ese poder con el objeto de suprimir o disminuir la intensidad competitiva en un mercado relevante en particular. El foco entonces pasa por el poder de mercado.

Por otro lado, el beneficio que ofrece el agente económico que incurre en un delito de corrupción privada activa no es una expresión ni constituye ejercicio de poder de mercado, ni tampoco es indicativo que el sobornante esté buscando alcanzar poder de mercado. Su estrategia es mucho más elemental y cortoplacista; en lugar de efectuar toda la inversión para vencer a sus contrincantes superándolos en eficiencia, simplemente paga para que se le adjudique la provisión del bien o servicio.

En esos términos, es perfectamente posible que un agente económico que no tiene poder de mercado ni pretende alcanzarlo, dé, ofrezca o consienta en dar un beneficio económico al empleado o mandatario de la empresa que demanda los bienes o servicios. Por otro lado, naturalmente también es posible que un proveedor que tiene una posición dominante corrompa al empleado de un cliente, pero ese soborno nada tiene que ver con un abuso de esa posición.

Un caso quizás pueda servir para ilustrar la situación, en el sentido que las prácticas corruptas que implican la salida de un competidor no necesariamente derivan en un atentado contra la libre competencia. En *NYNEX*<sup>20</sup>, Discon proveía de servicios de remoción de equipo de telefonía obsoleto a (una filial de) NYNEX, hasta que esta decidió servirse solo con AT&T, supuestamente a cambio de pagos a favor de aquella, es decir, una coima<sup>21</sup>. Si bien existían elementos reprochables en el pago de ese *rebate*, la Suprema Corte de los Estados Unidos desestimó la demanda de Discon, señalando que, desde la perspectiva estrictamente de la libre competencia, no se acreditó una afectación “[...] *al proceso competitivo, i.e., a la competencia en sí misma*”.

---

19 Intervención del diputado Saldívar en la Discusión en Sala del Segundo Trámite Constitucional (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°21.121*, 65).

20 *NYNEX Corp. v. Discon, Inc.*, 525 U.S. 128 (1998).

21 A priori, los hechos parecen asemejarse a un típico caso de corrupción privada, pero en estricto rigor no se adecuarían a la descripción típica consagrada por el legislador chileno, desde que el beneficio habría sido a favor de NYNEX como empresa, no de un empleado.

Por lo anterior, resulta complejo o muy difícil que pueda darse una suerte de concurso entre el delito de corrupción privada y un ilícito anticompetitivo<sup>22</sup>.

En segundo lugar, en el ámbito de la corrupción privada no debiesen resultar admisibles argumentaciones de eficiencia, porque ya vimos que la afectación al bien jurídico se produce de todos modos, aún cuando el sobornante sea el oferente más eficiente y solo haya ofrecido el beneficio para obrar sobreseguro<sup>23</sup>.

En cambio, en el caso de las infracciones anticompetitivas, existe consenso en la admisión de defensas sobre lo que se conoce en general como “efectos pro-competitivos”, que pueden permitirle al agente económico investigado, requerido o demandado eximirse de responsabilidad.

## V. CONCLUSIÓN

El delito de corrupción privada busca propender por el adecuado funcionamiento del mercado, velando por la vigencia de las normas que fluyen de las expectativas normativas de los proveedores que deciden competir en distintas industrias, lo cual se hace a través de la sanción de actos de corrupción entre privados.

Por otro lado, los ilícitos anticompetitivos también pretenden que los mercados funcionen correctamente, siendo el objetivo específico que se mantengan las estructuras de incentivos que surgen cuando existe presión competitiva y, por lo mismo, se fiscalizan prácticas que impliquen por medios ilícitos obtener, mantener o ejercer abusivamente poder de mercado.

Entre las consecuencias que surgen de las diferencias entre ambos tipos de infracciones, se encuentran la dificultad de que se produzcan relaciones concursales entre ellas y que en el delito de corrupción privada no debieran resultar admisibles defensas de eficiencia o que giren en torno a la inocuidad de la conducta, alegaciones que sí resultan admisibles en el Derecho de la Competencia.

---

22 Los supuestos en que me parece que sí podrían convivir ambas figuras respecto a la misma conducta, se refiere a aquellos casos en que los actos de corrupción persigan alcanzar o mantener una posición dominante, como, por ejemplo, si la empresa que despliega la estrategia pretendiera por esa vía acaparar una cantidad sustancial de los insumos productivos disponibles en el mercado o hacerse ilegítimamente con una facilidad esencial, pero se trata de eventos que no es claro que se configuren con facilidad o frecuencia en la práctica.

23 Tampoco debiesen ser admisibles en mi concepto los acuerdos reparatorios regulados en los artículos 241 y siguientes del Código Procesal Penal, dado que, como se explicó en el apartado II., los objetivos político-criminales del delito de corrupción privada trascienden los intereses individuales de naturaleza patrimonial del competidor preterido.





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:**

Salvador Vial, "Corrupción privada e ilícitos anticompetitivos", *Investigaciones CeCo* (Julio, 2021),  
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

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