

USO Y EFECTIVIDAD DE LA DELACIÓN COMPENSADA EN CHILE: LAS CIFRAS ANTE LA FNE

José Luis Corvalán Pérez y Francisco Bórquez Electorat

Uso y efectividad de la Delación Compensada en Chile: las cifras ante la FNE

Julio 2022



José Luis Corvalán Pérez

Abogado, Universidad de Chile, y Master of Laws (LLM), Universidad de Harvard. Actualmente es profesor instructor del departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y socio de Barros & Errázuriz abogados en Santiago, Chile.



Francisco Bórquez Electorat

Abogado, Pontificia Universidad de Chile. Master in Laws and Economics, University College London. Socio en Barros y Errázuriz Abogados.

I. INTRODUCCIÓN

Durante las últimas semanas, la Delación Compensada ha sido el foco de una nueva discusión en el seno del trabajo de la Convención Constitucional.

Nos referimos específicamente al artículo quincuagésimo sexto transitorio aprobado por el Pleno de la Convención con fecha 13 de junio último¹, que establece *“Se encontrarán exentos de responsabilidad penal por el delito tipificado en el artículo 62 del decreto ley No 211 las personas a que se refiere el inciso primero del artículo 63 del mismo cuerpo legal, sin necesidad de la declaración del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a que se refiere el inciso primero de dicho artículo, mientras el legislador no regule el modo y las condiciones de obtención de los beneficios de los artículos 39 bis y 63, inciso primero, del decreto ley No211, de 1973, en concordancia con lo establecido en el artículo [ID 1060] de la Constitución. Asimismo, se rebajará en un grado la pena determinada, según lo que dispone el inciso tercero del artículo 62 del decreto ley No 211, a las personas a que se refiere el inciso cuarto del artículo 63 del mismo cuerpo legal, sin necesidad de la declaración del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a que se refiere dicho inciso, mientras el legislador no regule el modo y las condiciones de obtención de los beneficios de los artículos 39 bis y 63, inciso cuarto, del decreto ley No 211, de 1973, en concordancia con lo establecido en el artículo [ID 1060] de la Constitución”*.

Esta disposición tiene como antecedente una solicitud del Fiscal Nacional Económico a la Comisión de Normas Transitorias de la mencionada Convención², para efectos de establecer una norma transitoria relativa al inciso tercero del artículo N° 386 del Borrador de Nueva Constitución que indica *“La facultad exclusiva de ciertos órganos de la administración para presentar denuncias y querellas, no impedirá que el Ministerio Público investigue y ejerza la acción penal pública, en el caso de delitos que atenten en contra de la probidad, el patrimonio público o lesionen bienes jurídicos colectivos”*³.

1 Consolidado de normas transitorias aprobadas por la Convención Constitucional, disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/06/Normas-Transitorias-Aprobadas-1.pdf>

2 Oficio Ord. N°784 de 20 de Mayo de 2022 del Fiscal Nacional Económico dirigido a la Coordinadora de la Comisión de Normas Transitorias de la Convención Constitucional.

3 Borrador disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/05/PROPUESTA-DE-BORRADOR-CONSTITUCION-AL-14.05.22-1-1.pdf>

Señala en dicha petición el Fiscal Nacional Económico que si se considera dentro de dichos delitos, el de la colusión, ello podría suponer una derogación tácita del artículo 64 del DL 211, que establece que la investigación penal por el mencionado delito sólo podrá iniciarse por una querrela de la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, "FNE") (previa sentencia firme condenatoria del Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, "TDLC") recaída en un juicio infraccional por colusión). Por otra parte, el inciso primero del artículo 63 del DL 211 –que no se encontraría afectado por la eventual aprobación del nuevo texto constitucional propuesto - exige que esta misma sentencia firme condenatoria declare, antes del inicio del proceso penal, que se encuentran exentas de responsabilidad criminal las personas que hubieren obtenido el beneficio de Delación Compensada.

De esta forma, en opinión del Fiscal Nacional Económico, la entrada en vigencia del mencionado artículo 398 del Borrador de Nueva Constitución *"podría significar que respecto de quienes ya hayan accedido o accedan a la Delación Compensada, esto es, quienes revelen o hayan revelado la existencia de una colusión a la autoridad, confiesen su participación y aporten prueba al respecto, podría iniciarse (o incluso terminar) el proceso penal sin que haya existido la instancia procesal que exige la ley para que se reconozca su exención de responsabilidad penal"*⁴.

Lo anterior, para la FNE, *"no solo haría inviable la institución de la Delación Compensada, que es una herramienta esencial para la detección y persecución de los carteles, sino que dejaría en indefensión a quienes ya han utilizado o utilicen este mecanismo en la legítima confianza de que estarían o estarán exentos de responsabilidad penal al momento de iniciarse la investigación criminal"*⁵.

La principal razón de la preocupación de la autoridad por este tema queda en evidencia en este último párrafo: el debilitamiento de la que a juicio de la FNE constituye su principal arma para combatir los carteles.

Por una parte, tal y como señala la Comisión Europea, sabemos que la mera existencia de un programa de delación compensada tiene "un efecto disuasorio sobre la formación de cárteles y desestabiliza el funcionamiento de los cárteles existentes, ya que puede crear desconfianza y recelo entre sus miembros"⁶.

Asimismo, está fuera de discusión la eficacia que ha tenido este mecanismo a nivel judicial. 6 de los 6 casos de colusión que han llegado a sentencia firme y ejecutoriada, y que han sido precedidos de una Delación Compensada, han logrado una condena para los infractores⁷. Adicionalmente, existen otros dos casos presentados ante el TDLC bajo la herramienta de Delación Compensada, *Requerimiento Alimentos de Salmones*⁸ y *Requerimiento Camiones de Valores*⁹, actualmente en proceso y con fallo pendiente.

Ahora bien, estos 8 casos mencionados representan poco más de un tercio del total de 23 casos por colusión que han sido presentados por la FNE ante el TDLC desde la entrada en vigencia de la Delación Compensada, en 2009.

4 Oficio Ord. N°784 de 20 de Mayo de 2022 del Fiscal Nacional Económico dirigido a la Coordinadora de la Comisión de Normas Transitorias de la Convención Constitucional.

5 Idem.

6 https://ec.europa.eu/competition-policy/cartels/leniency_en

7 Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Tecumseh Do Brasil Ltda. y otro, C-207-2010, Sentencia TDLC N° 122/2012; Requerimiento de la FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros, C-224-2011, Sentencia TDLC N° 133/2014; Requerimiento de la FNE contra Asfaltos Chilenos S.A. y otros, C-280-2014, Sentencia TDLC N° 148/2015; Requerimiento de la FNE contra CCNI S.A. y otras, C-292-2015, Sentencia TDLC N° 171/2019; Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y Otra, C-299-2015, Sentencia TDLC N° 160/2017; Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Fresenius y Otros, C-312-2016, Sentencia TDLC N° 165/2018.

8 Requerimiento FNE contra Biomar Chile S.A. y otras, Rol C-386-2019.

9 Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Brinks Chile S.A. y otras, Rol C-430-2021.

Dicha cifra es inferior a otras experiencias comparadas. A modo referencial -ya que, en general, no se publican datos en esta materias- en Estados Unidos, un 75% de los casos criminales de carteles presentados entre 2004 y 2010 contaron con Delación Compensada¹⁰. En la Unión Europea, los casos de carteles bajo esta herramienta alcanzaron el mismo porcentaje para un período similar¹¹.

A partir de estos datos y atendida la ya referida preocupación de la FNE por el futuro de esta herramienta, cabe preguntarnos: ¿Es tan determinante en Chile la Delación Compensada en la persecución de los carteles? Si bien es un instrumento importante, un análisis preliminar pareciera indicar que cede en importancia frente a las otras facultades que tiene la FNE -las denominadas medidas intrusivas- donde las cifras indican que 16 de los 23 casos de colusión presentados ante el TDLC desde el 2009, han sido precedidos de la aplicación de una o más medida de dicha naturaleza.

Vale la pena, entonces, revisar en detalle cómo se ha operado en sede administrativa -dentro de la Fiscalía Nacional Económica- este mecanismo, para tratar de entender cuál es su real importancia como forma de detección y persecución de carteles.

Para estos efectos, hemos formulado una solicitud de información a la Fiscalía Nacional Económica -a través del derecho contemplado en la Ley N°20.285 sobre Acceso a Información Pública- para analizar ciertas estadísticas relativas a la Delación Compensada, para el período comprendido entre el 11 de octubre de 2009 y hasta el 29 de septiembre de 2021 (en adelante, "**Fecha de Corte**").

La respuesta de la FNE se contiene en el Oficio Ordinario N°1597, de fecha 12 de noviembre de 2021 (en adelante, la "**Respuesta de la FNE**"), que es la fuente de la mayoría de las cifras que analizaremos en este trabajo. Cabe señalar que, por los motivos que se explican en la Respuesta de la FNE, ésta excluye información de posibles casos de delación que estuvieren pendientes de decisión y/o se encontrasen vinculadas a investigaciones en desarrollo.

Tanto nuestra solicitud como la Respuesta de la FNE se anexan a este documento.

A continuación trataremos de sistematizar algunos de los resultados entregados por la autoridad.

II. ALGUNOS NÚMEROS GENERALES DE INVESTIGACIONES DE CARTELES

Nuestro análisis parte con un dato básico que emana de la Respuesta de la FNE y que no se encuentra publicado por la FNE en su página web: desde el 11 de octubre de 2009 hasta la Fecha de Corte, existen 159 "casos" por conductas tipificadas en el artículo 3 letra a) del DL 211. De acuerdo a la Respuesta de la FNE, esta cifra total de "casos" se compone de 93 investigaciones con resolución de inicio ("investigaciones") y 66 asuntos cerrados en etapa de admisibilidad ("admisibilidades").

Por otra parte, del total de casos indicado, 29 han sido iniciados de oficio y 130 por denuncia de un particular,

10 United States Government Accountability Office Report to Congressional Committees, 'Stakeholder Views on Impact of 2004 Antitrust Reform are Mixed, but Support Whistleblower Protection', nota 4, p. 59.

11 Law 360, Most Cartel Complaints Follow Leniency Apps, EU Says (13 de Junio de 2013) <http://www.law360.com/articles/449890/most-cartel-complaints-follow-leniency-apps-eu-says>

lo cual es demostrativo que la FNE actúa principalmente a petición de parte en esta materia.

Sin embargo, de las 130 denuncias de terceros que ha recibido la FNE, sólo 64 han pasado la etapa de admisibilidad, esto es, poco menos de la mitad, lo que es indiciario de un control riguroso por parte de la autoridad.

En cuanto a los plazos concernidos para los casos de carteles, cabe señalar que –de acuerdo a la Respuesta de la FNE- la duración promedio se puede desagregar de la siguiente forma¹²:

- a. Casos abiertos o cerrados a la Fecha de Corte: 600 días (159 casos).
- b. Casos cerrados a la Fecha de Corte: 477 días (119 casos).
- c. Investigaciones abiertas a la Fecha de Corte: 847 días (93 casos).
- d. Investigaciones cerradas a la Fecha de Corte: 730 días (57 casos).

III. NÚMEROS GENERALES DE CARTELES APLICADOS EN RELACIÓN A SOLICITUDES DE DELACIÓN COMPENSADA

Veamos ahora cómo se relacionan las cifras indicadas anteriormente con la herramienta de la Delación Compensada.

En primer lugar, de acuerdo a la Respuesta de la FNE, de los 159 casos de colusión bajo el escrutinio de la autoridad en el período en cuestión, sólo en 10 investigaciones se han recibido solicitudes de Delación Compensada.

En segundo lugar, y como profundizaremos más adelante, de las 93 investigaciones por colusión referidas en la Respuesta de la FNE, sólo 3 han sido iniciadas en virtud de una solicitud de Delación Compensada. De esta forma, la gran mayoría de las veces esta herramienta ha utilizada en el contexto de una investigación ya iniciada.

En tercer lugar, en cuanto a los plazos involucrados, la duración promedio en aquellos casos en que ha existido Delación Compensada es de 584 días, lo cual es una disminución de más de 200 días en relación con el promedio indicado anteriormente. Este dato parece indicar que la Delación Compensada hace más eficiente desde este punto de vista la investigación conducida por la FNE, evitando costos adicionales de recolección de antecedentes para la autoridad.

Por sobre todo, la Delación Compensada ha demostrado ser un mecanismo eficaz de persecución contra los carteles, si se considera que de las 10 investigaciones donde se ha hecho uso del mecanismo de Delación Compensada, 8 han concluido con un requerimiento ante el TDLC, y de ellos la totalidad con sentencia

12 Para calcular la duración promedio de los casos se utilizaron los siguientes hitos:
- Investigaciones cerradas: fecha de resolución de inicio y fecha de resolución de archivo;
- Investigaciones abiertas: fecha de resolución de inicio y fecha de corte;
- Admisibilidades cerradas: fecha de ingreso y fecha de resolución de archivo;
- Admisibilidades abiertas: fecha de ingreso y fecha de corte.

definitiva (6) han sido acogidos, traduciéndose en la aplicación de algunas de las multas más altas impuestas por el TDLC, lo que también es un indicador relevante a la hora de evaluar la importancia de este mecanismo.

IV. NÚMERO DE SOLICITUDES DE DELACIÓN COMPENSADA RECIBIDAS POR LA FNE

En conformidad a la Respuesta de la FNE, en el periodo que media entre 2009 y la Fecha de Corte se han presentado un total de 19 solicitudes de delación compensada, distribuidas anualmente de la siguiente forma:

Solicitudes de DC recibidas 2009 a 2021 (fecha de corte)												
2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
1	2	1	6	1	1	2	2	0	1	1	1	0

Se excluye información de posibles casos de delación que estuvieren pendientes de decisión y/o se encontrasen vinculadas a investigaciones en desarrollo.

No es sencillo comparar la realidad chilena con la de otros países, como para poder concluir si estos números reflejan un nivel alto o bajo de utilización del mecanismo. Lo anterior, tanto por las particularidades de cada jurisdicción como por las dificultades para acceder a información detallada y comparable.

Sin embargo, nos parece que un buen parámetro de comparación podría ser el caso colombiano, atendido que se trata de una economía con un producto interno bruto similar al de Chile y que al igual que nuestro país cuenta desde el año 2009 con un programa de Delación Compensada.

De acuerdo a información publicada por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) – que es la agencia de competencia colombiana – entre 2009 y 2017 la SIC recibió en total 31 solicitudes de ingreso a su Programa de Beneficios por Colaboración¹³, mientras en el mismo periodo, la FNE recibió solo 16 solicitudes.

No creemos que esta simple comparación permita concluir inequívocamente que el mecanismo de la Delación Compensada está siendo subutilizado en Chile, pero si lo sumamos al dato mencionado preliminarmente, en el sentido que esta herramienta ha sido utilizada en solo 10 investigaciones desarrolladas por la FNE en el periodo que media entre octubre de 2009 y la Fecha de Corte, parece haber suficiente evidencia para concluir - al menos en forma preliminar - que la Delación Compensada ha sido poco utilizada por los particulares en Chile.

Por otra parte, la información proporcionada por la FNE da cuenta de un declive en el uso del mecanismo durante los últimos años. En efecto, mientras en el periodo 2009-2015 se recibieron un total de 14 solicitudes, en el periodo 2016-2021 la FNE informa la recepción de solo 5 solicitudes.

Como señalamos previamente, la Respuesta de la FNE no incorpora información de posibles casos de delación que estuvieren pendientes de decisión y/o se encontrasen vinculados a investigaciones en desarrollo, lo que puede explicar en parte el declive de las cifras en años recientes.

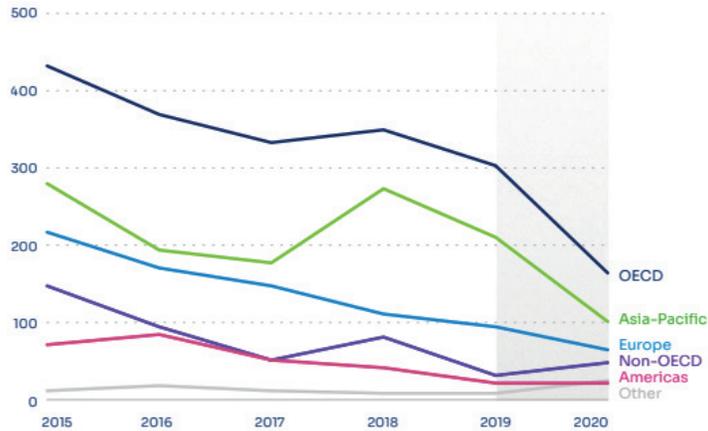
Sin embargo, lejos de ser un rasgo peculiar del caso chileno, este declive parece ser una tendencia global. En efecto, tal y como constata la OCDE en su reciente reporte acerca de tendencias en el ámbito de la libre

13 Superintendencia e Industria y Comercio, Informe de Rendición de Cuentas a la Ciudadanía para el periodo 2011-2018, disponible en: https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Control_Rendicion_de_Cuentas/Informe-Rendicion-de-Cuentas-2018.pdf

competencia¹⁴, el número de solicitudes de delación compensada fue menor en 2020 que en 2015 en 28 jurisdicciones (el 71,8% de las 39 jurisdicciones que tuvieron al menos una solicitud durante el periodo 2015-2020 y proporcionaron datos completos para los seis años).

En Europa, el número de solicitudes disminuyó constantemente durante el período 2015-2020. Las solicitudes fueron un 70,5% más bajas en 2020 que en 2015. Por su parte, en América – incluyendo Estados Unidos - el número de solicitudes disminuyó, aunque no de forma tan constante como en Europa. No obstante, las solicitudes fueron un 68,6% menos en 2020 que en 2015.

Figure 5.4. Total leniency applications, 2015-2020



NOTE: This figure includes 48 jurisdictions that provided complete leniency applications data for all six years and have a leniency programme in force.
SOURCE: OECD CompStats database.

Estudios que han intentado indagar en las razones de este declive para el caso europeo, han identificado como posibles causas, entre otras, la alta carga administrativa asociada; el riesgo de persecución penal para los empleados y ejecutivos a nivel de las jurisdicciones nacionales; la creciente contingencia que representan las demandas privadas de perjuicios; la extensa duración de la investigación del cártel y de las demandas daños y perjuicios; y el impacto más amplio en la relación con los competidores¹⁵.

Nos parece que varias de estas razones pudieren ser aplicables para el caso chileno.

En efecto, el punto de inflexión antes observado coincide con la entrada en vigencia de la Ley N°20.945 que, entre otros cambios, restableció las sanciones penales para los denominados carteles duros¹⁶.

Si bien la ley dispone que la Delación Compensada operará como un eximente o atenuante de esta responsabilidad penal – dependiendo de si el beneficiario es el primer o el segundo delator - es indudable que la incertidumbre asociada a un eventual rechazo del beneficio puede transformarse en un fuerte disuasivo a la colaboración ante la existencia de sanciones de orden criminal.

¹⁴ OECD, Competition Trends 2022, disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-competition-trends-2022.pdf>

¹⁵ Johan Ysewyn, Siobhan Kahmann, The decline and fall of the leniency programme in Europe, February 2018, Concurrences Review N° 1-2018, Art. N° 86060, pp. 44-59

¹⁶ Es decir, aquellos que tienen por objeto fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos.

Por otra parte, la referida Ley N°20.945 vino a modificar el régimen de la responsabilidad civil derivada de ilícitos anticompetitivos, radicando en el TDLC la competencia para conocer las acciones de daños y perjuicios, además de hacer aplicable expresamente el Procedimiento Especial previsto en los artículos 51 y siguientes de la Ley N°19.496 en aquellos casos en que vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores; cambios que persiguen el objeto declarado de facilitar el ejercicio de esta clase de acciones, frente a las cuáles el beneficio de la Delación Compensada no supone una inmunidad o blindaje.

Sin perjuicio de lo señalado, consideramos que en el caso chileno el declive en cuestión podría explicarse además por circunstancias particulares de nuestro sistema.

En este sentido, la sentencia de la E. Corte Suprema en el denominado caso *Papeles*¹⁷ ha introducido un importante elemento de incertidumbre, sobre todo para aquellos delatores que pudieren ser acusados de imponer bajo coacción la cartelización a sus competidores.

Asimismo, los fallos dictados en el periodo 2009-2015 en causas emblemáticas como *Farmacias*¹⁸ y *Pollos*¹⁹ pueden haber tenido importantes efectos disuasivos de conductas colusivas, atendida la cuantía de las multas impuestas y los efectos reputacionales asociados, además de haber contribuido a generar consciencia acerca de la importancia del compliance en este ámbito.

Finalmente, y como ya ha sido mencionado por uno de los autores en un trabajo previo²⁰, no pueden soslayarse los rasgos propios de una economía de menor tamaño como es la chilena, caracterizada por pocos actores con contactos continuos en varios mercados, y con estrechos lazos sociales y familiares, que muy probablemente afectan los incentivos de las empresas para revelar información sobre su conducta anticompetitiva conjunta en un mercado²¹.

V. SOLICITUDES DE DELACIÓN COMPENSADA RECHAZADAS POR LA FNE

La Respuesta de la FNE da cuenta que, del total de 19 solicitudes de Delación Compensada recibidas por la FNE en el periodo que media entre octubre de 2009 y la Fecha de Corte, 10 han sido rechazadas, según consta en la siguiente tabla contenida en dicha Respuesta:

17 E. Corte Suprema, sentencia de fecha 6 de enero de 2020, recaída en autos Rol N°1531-2018

18 Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros, C-184-2008. Sentencia TDLC N°119/2012

19 Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros, C-236-2011, Sentencia TDLC N° 139/2014.

20 Luis Eduardo Toro Bossay y José Luis Corvalán Pérez, “¿Quién vigila a los vigilantes? Análisis empírico del uso, eficacia y control de las medidas intrusivas en el sistema chileno de libre competencia”, Investigaciones CeCo (septiembre, 2021)

21 Ver, por ejemplo, Michal S. Gal, “Institutional Challenges and Choices: Deterrence”, en *New Competition Jurisdictions: Shaping Policies and Building Institutions*, eds. Christopher Townley y Richard Whish, (Edward Elgar, 2012), 131-132.

11) Cuántas solicitudes de delación compensada han sido rechazadas por la FNE desde el 11 de octubre de 2009 a la fecha. Desagregar por año.

Solicitudes de DC rechazadas* 2009 a 2021 (fecha de corte)												
2009	2010	2011	2012	2013	2014	20015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
0	2	0	4	0	0	0	1	0	0	1	1	0

*Para desagregar por año se considera la fecha de presentación de la solicitud del beneficio.

Se excluye información de posibles casos de delación que estuvieren pendientes de decisión y/o se encontrasen vinculadas a investigaciones en desarrollo.

Tal y como se explica en la Guía de la FNE sobre Delación Compensada en Casos de Colusión²² (en adelante, la “Guía”), el rechazo a una solicitud de Delación Compensada puede obedecer a tres circunstancias:

- Si la conducta por la cual se solicita el beneficio no es constitutiva del ilícito del artículo 3 letra a) del DL N°211, o si el Postulante niega haber intervenido en ella;
- Si se constata el incumplimiento de alguno de los requisitos para acceder al beneficio de exención o de reducción según sea el caso. En el caso del beneficio de exención, estos requisitos consisten en: (i) Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento; (ii) 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 (iii) Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentada su solicitud de beneficios. En el caso del beneficio de reducción, el requisito (i) se materializa en Proporcionar antecedentes adicionales a los aportados por quien obtuvo el Beneficio de Exención, que sean precisos, veraces y comprobables, y representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento; y
- Si el contenido de la Solicitud de Beneficios es incompleto o insuficiente. Al efecto, el párrafo 51 de la Guía dispone que la Solicitud de Beneficios deberá, de manera cabal y detallada: (i) Describir la conducta por la cual se está solicitando el beneficio; (ii) Describir la industria o mercado dentro del cual ocurre; (iii) Efectuar las declaraciones mencionadas en el párrafo 53 de la Guía; (iv) Acompañar los documentos y antecedentes fundantes que conduzcan a acreditar la conducta y sus partícipes, e individualizar aquellos antecedentes que ya hayan sido acompañados a lo largo del procedimiento; y (v) Identificar las personas jurídicas de su grupo empresarial, los ejecutivos, trabajadores, asesores y/o mandatarios, actuales y pasados, que desee incluir en la Solicitud de Beneficios.

Las cifras dan cuenta de un alto porcentaje de rechazo de solicitudes, ligeramente por sobre el 50%. Este nivel de rechazo revela la rigurosidad y acuciosidad del análisis de admisibilidad de la FNE, lo que sin duda es una garantía para todos los operadores del sistema.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe consignar que algunos de estos rechazos podrían obedecer también a defectos en las solicitudes, en el sentido de ser improcedentes por el tipo de conducta en cuestión, o bien encontrarse mal formuladas o insuficientemente fundadas.

22 FNE, Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión, marzo de 2017. Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia_Delacion_Compensada.pdf

Cualquier sea el caso, esta tasa de rechazo refuerza la necesidad de profundizar las instancias de difusión del beneficio y del procedimiento de obtención por parte de la FNE, a fin de, por un lado, prevenir el innecesario gasto de tiempo y recursos públicos que implica la tramitación de solicitudes improcedentes y, por el otro, evitar que solicitudes que tienen mérito y podrían contribuir a la exitosa persecución de un cartel sean rechazadas por defectos formales o de inadecuado sustento.

VI. MOMENTO EN QUE SE FORMULA LA SOLICITUD DE DELACIÓN COMPENSADA

Como adelantamos en forma previa, con arreglo a la Respuesta de la FNE, del total de 93 investigaciones por conductas tipificadas en el artículo 3 letra a) del DL N°211 iniciadas por la FNE desde el 11 de octubre de 2009 a la fecha, solo 3 habrían tenido su origen en una solicitud de Delación Compensada.

Es decir, las solicitudes de Delación Compensada mayoritariamente han tenido lugar una vez que las investigaciones se encuentran iniciadas.

Este dato ratifica la importancia de la pesquisa activa de carteles por parte de la FNE, sobre todo considerando las limitaciones a la eficacia de la Delación Compensada en una economía pequeña como la chilena, a las que hicimos referencia en forma precedente.

En este sentido, la OCDE ha remarcado que *“Los programas de Delación Compensada están diseñados para aprovecharse de la dinámica de los cárteles y emplean los incentivos de sus miembros, los intereses en conflicto y el miedo a ser detectados, con el fin de que se separen del cártel, denuncien a sus compañeros y se beneficien de un trato más indulgente. Pero si los organismos de competencia se basan únicamente en los programas de delación para detectar los cárteles, éstos pueden pasar desapercibidos si los incentivos para romper con el cártel son débiles. Este puede ser el caso, por ejemplo, de las economías pequeñas en las que los vínculos corporativos entre los competidores son más prominentes, o en las que muchas empresas siguen siendo de propiedad familiar. En estas circunstancias particulares, los incentivos para desviarse de un acuerdo de cártel pueden no ser tan fuertes y los instrumentos de detección reactiva, como la delación, pueden no ser tan eficaces. Complementarlos con un programa de detección proactiva de carteles puede afectar a los incentivos de las empresas para entrar en el programa de Delación Compensada y reforzar la eficacia del propio programa”²³.*

Al efecto, cabe reiterar la estadística mencionada previamente, en el sentido que, de los 23 requerimientos por colusión presentados por la FNE al TDLC desde el año 2009, 16 han sido precedidos de la aplicación de una o más medidas intrusivas, y solo 8 han sido antecidos de solicitudes de delación compensada.

De esta forma, y en línea con lo sugerido por la OCDE, parece aconsejable incrementar el nivel de actividad intrusiva y desarrollar herramientas más sofisticadas de detección como el *screening*, a fin de detectar eventuales prácticas o acuerdos colusivos que podrían estar desarrollándose en mercados en que no existen los incentivos adecuados para la delación.

²³ OECD, Ex-officio cartel investigations and the use of screens to detect cartels (julio 2014), pp. 15-16. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/exofficio-cartel-investigation-2013.pdf>

VII. NÚMERO DE POSTULANTES AL BENEFICIO DE DELACIÓN COMPENSADA

Por otra parte, la FNE informa que del total de 93 investigaciones por conductas tipificadas en el artículo 3 letra a) del DL N°211 iniciadas por la FNE desde el 11 de octubre de 2009 a la fecha, solo en 2 se concedió el beneficio a más de un postulante.

De acuerdo a la información pública disponible, estas investigaciones corresponden al denominado caso *Navieras*²⁴, en el que el beneficio de exención fue concedido a la Compañía Sudamericana de Vapores (“CSAV”) y el beneficio de reducción a Nippon Yusen Kabushiki Kaisha; y al ya referido caso *Papeles*²⁵, en que el beneficio de exención fue inicialmente reconocido a CPMC – siéndole posteriormente revocado por la E. Corte Suprema – y el beneficio de reducción a SCA.

Ambos casos presentan como denominador común el tratarse de mercados en los que participan empresas nacionales o extranjeras involucradas en carteles internacionales en los que ya se habían producido delaciones en el contexto de investigaciones iniciadas previamente en el extranjero. En este sentido, la Respuesta de la FNE da cuenta de 3 solicitudes de Delación Compensada recibidas por la FNE en el contexto de carteles internacionales²⁶.

Otro elemento que se repite en ambos casos es la existencia de un reciente cambio en la propiedad de algunos de los delatores. En el caso *Navieras*, CSAV había pasado a manos del Grupo Luksic el año 2012. El mismo año 2012, el grupo sueco SCA adquirió el 50% que le restaba para controlar el 100% de la propiedad de la papelera chilena PISA. Idéntico patrón se repite en otros casos de Delación Compensada, como son los casos *Asfaltos*²⁷ y *Alimentos para Salmones*²⁸.

Estas coincidencias parecen avalar la tesis expuesta en un trabajo anterior²⁹ en el sentido que la disposición a delatar sería mucho mayor tratándose de mercados en que existen precedentes de carteles internacionales; con presencia de agentes internacionales; o en los que ha existido un cambio de control reciente en uno o más de los actores.

Por el contrario y con arreglo a la evidencia disponible, la Delación Compensada parece no estar operando con igual fuerza en mercados caracterizados por la histórica presencia de agentes o grupos locales – que además suelen ser empresas familiares³⁰ – en que la detección proactiva por parte de la autoridad y, especialmente, las medidas intrusivas, desempeñan un rol esencial en la persecución del cartel.

24 Requerimiento de la FNE contra CCNI S.A. y otras, C-292-2015, Sentencia TDLC N° 171/2019

25 Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y Otra, C-299-2015, Sentencia TDLC N° 160/2017

26 La tercera salud correspondería al caso *Compresores*, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Tecumseh Do Brasil Ltda. y otro, C-207-2010, Sentencia TDLC N°122/2012

27 Requerimiento de la FNE contra Asfaltos Chilenos S.A. y otros, C-280-2014, Sentencia TDLC N° 148/2015

28 Requerimiento FNE contra Biomar Chile S.A. y otras, C-386-2019

29 Luis Eduardo Toro Bossay y José Luis Corvalán Pérez, “¿Quién vigila a los vigilantes? Análisis empírico del uso, eficacia y control de las medidas intrusivas en el sistema chileno de libre competencia”, Investigaciones CeCo (septiembre, 2021)

30 Siendo emblemático a este respecto el ejemplo del denominado caso *Pollos*, Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros, C-236-2011, Sentencia TDLC N° 139/2014.

Por otra parte, en cuanto al número de postulantes se refiere, y con arreglo a la Respuesta de la FNE, no ha habido casos en que una Delación Compensada no haya sido admitida o haya sido rechazada por ya existir dos postulantes beneficiados.

Ello podría tener su origen en varios supuestos. Podría responder a la simple razón que no se cumplían los requisitos legales de la Delación Compensada o al bajo número de postulaciones a Delación Compensada, sobre todo considerando que la mayoría de los mercados en Chile son concentrados, lo cual no da espacio para muchas más solicitudes.

Creemos que otra alternativa que pudiera explicar este dato es la utilización de la “consulta hipotética”, herramienta contemplada en la Guía, por la cual cualquier persona, actuando en representación de un interesado en obtener alguno de los beneficios de la Delación Compensada, puede consultar a la FNE si ésta se encuentra disponible respecto de una infracción ocurrida en un mercado determinado, sin necesidad de individualizar al interesado. De esta forma, se puede monitorear la posibilidad de estar disponible o no la Delación Compensada, de modo de no tener que aplicar al beneficio “a ciegas”.

A continuación daremos más detalles sobre la utilización de este mecanismo establecido en la Guía.

VIII. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA CONSULTA HIPOTÉTICA

Tal como indicamos arriba, este instrumento establecido en la Guía permite a cualquier individuo realizar una pregunta al funcionario de la FNE encargado del programa de Delación Compensada, con el objetivo de conocer si está o no disponible el beneficio.

La Respuesta de la FNE da cuenta de la siguiente información respecto de las consultas hipotéticas formuladas entre 2019 y la Fecha de Corte:

Consultas hipotéticas		
2019	2020	2021 (fecha de corte)
18	9	11

Respecto de esta solicitud específica, la autoridad señaló que para los años anteriores al 2019, no se cuenta con registros internos completos, considerando que la Consulta Hipotética solo existe desde 2017.

En cualquier caso, la información contenida en dicha respuesta es indiciaria que la Consulta Hipotética es una herramienta bastante utilizada por los particulares, sobre todo si se compara con el bajo número de solicitudes efectivamente presentadas ante la FNE y detallada anteriormente.

IX. CONCLUSIONES

Por medio de esta investigación hemos querido indagar, a partir de evidencia empírica, acerca del uso y eficacia de la delación compensada en Chile, a fin de evaluar su relevancia como herramienta en la detección y persecución de carteles.

En primer término, cabe partir de la base que la mera existencia de un programa de delación compensada contribuye a disuadir la formación y estabilidad de los carteles, al generar incertidumbre entre sus miembros.

Asimismo, sobre la base de la información pública disponible y la proporcionada por la Respuesta de la FNE, está fuera de duda la utilidad de la delación compensada como herramienta para la persecución de los carteles, como lo evidencia el hecho que todos los casos presentados por la FNE en base a delaciones compensadas que han sido fallados por el TDLC a la fecha (6), han culminado con sentencias condenatorias.

De igual forma, la Respuesta de la FNE da cuenta de disminuciones significativas en la duración de las investigaciones en que ha operado el mecanismo, con el consiguiente ahorro de recursos públicos.

Ahora bien, los datos en relación con el número de investigaciones en que se ha solicitado el beneficio (10), respecto del total de casos de colusión analizados por la FNE en el periodo comentado (159), dan cuenta al menos preliminarmente de una baja utilización de esta herramienta.

A su vez, la información relativa a investigaciones originadas con motivo de solicitudes compensada – solo 3 en el periodo comentado – parece indicar que la Delación Compensada no ha sido una herramienta determinante en la detección de los carteles.

Por otra parte, y sin perjuicio de la prevención de que la Respuesta de la FNE excluye información de posibles casos de delación que estuvieren pendientes de decisión y/o se encontrasen vinculadas a investigaciones en desarrollo, la evidencia indica que el número de solicitudes de delación compensada ha caído fuertemente en el periodo 2016-2021(5), en comparación con el periodo 2009-2015 (14), lo cual es consistente con la tendencia global en la materia.

Todos estos hallazgos parecen ratificar empíricamente el postulado teórico de que en una economía pequeña como la chilena, caracterizada por pocos actores con contactos continuos en varios mercados, y con estrechos lazos sociales y familiares, la eficacia de la Delación Compensada pudiere ser menor a la observada en economías de mayor tamaño.

En este marco, resulta imprescindible, por una parte, que el programa de Delación Compensada sea complementado por sanciones efectivamente disuasivas y por una política agresiva y proactiva de detección de carteles basada en la aplicación o la amenaza cierta de aplicación de medidas intrusivas, o bien en instrumentos más sofisticados como el *screening*.

Asimismo, es esencial eliminar cualquier incertidumbre que disuada o desincentive el uso de la herramienta, en particular las relativas a la disponibilidad del beneficio de la exención de responsabilidad penal.

En este sentido, una norma como la propuesta en el Borrador de Nueva Constitución, que permite que pueda iniciarse (e incluso terminar) el proceso penal sin una sentencia del TDLC reconociendo la exención de responsabilidad penal de quienes se han acogido al programa de delación compensada, puede terminar por sepultar definitivamente una herramienta que si bien parece haber sido subutilizada en Chile, constituye un elemento fundamental del conjunto de instrumentos con que debe contar una agencia de competencia en su lucha contra los carteles.

La norma transitoria aprobada por el pleno a instancias de la FNE es un avance en el sentido de reducir la incertidumbre en el corto plazo, sin embargo, resulta fundamental que, en el evento de aprobarse el Borrador de Nueva Constitución, se adopten a nivel legal los resguardos necesarios para compatibilizar la norma constitucional con un sistema de delación compensada viable y eficaz.



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:

José Luis Corvalán Pérez y Francisco Bórquez Electorat, "Uso y efectividad de la Delación Compensada en Chile: las cifras ante la FNE", *Investigaciones CeCo* (julio, 2022),
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

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