UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

DELACIÓN COMPENSADA E INDEMNIZACIÓN PERJUICIOS PRODUCIDOS POR CARTELES: PODEMOS HACERLO MEJOR (Y ES URGENTE)

Mauricio Garetto

CeCo
CentroCompetencia

Delación compensada e indemnización perjuicios producidos por carteles: Podemos hacerlo mejor (y es urgente)

Marzo 2023

Mauricio Garetto
Abogado U. de Chile. Doctorando en Derecho, Universidad de Oxford. LL.M., London School of Economics and Political Science. Se ha desempeñado como abogado asociado en Ferrada Nehme, como asesor jurídico en el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, en la División de Fusiones y Estudios de la Fiscalía Nacional Económica y como investigador en el Centro de Regulación y Competencia (RegCom) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Abstract. Esta breve contribución argumenta que, en la actualidad, los sistemas de libre competencia de varias jurisdicciones, entre ellas Chile, solucionan inadecuadamente el conflicto que se presenta entre los objetivos que persiguen los programas de delación compensada y las reglas de indemnización de perjuicios aplicables a casos de colusión. El efecto de desestabilización de carteles que procuran los programas de delación compensada se ve mermado por el efecto estabilizador del cartel que producen las reglas de indemnización de perjuicios cuando responder por los daños ocasionados por el cartel es un riesgo real para el delator. La consecuencia esperable es que menos participantes delaten, lo que irónicamente deja a un mayor número de afectados por acuerdos colusorios sin un resarcimiento adecuado de los perjuicios que sufren. Existen alternativas institucionales que resguardan de mejor modo los objetivos de la delación y que son plenamente consistentes con la reparación íntegra del daño a las víctimas. En un contexto en que las solicitudes de clemencia van a la baja en muchos países y en el que no hay razones para pensar que los agentes económicos se coluden con menos frecuencia en la actualidad, implementar una solución resulta urgente.

I. INTRODUCCIÓN

En sede de libre competencia, los programas de **delación compensada** típicamente ofrecen a los agentes económicos que toman parte en un cartel inmunidad frente a las sanciones (penales y/o de multas administrativas) que resultan aplicables a dicha conducta (o, a lo menos, una reducción de tales sanciones). Los beneficios se otorgan a cambio de una colaboración sustantiva con la autoridad que permite a esta última perseguir y sancionar con efectividad a los demás participantes del cartel y, en el mejor de los casos, tomar conocimiento de un ilícito cuya existencia le era hasta entonces desconocida.

Los programas de delación cumplen con ello un doble propósito: permiten la *detección* y sanción de carteles, comprometiendo su estabilidad, al mismo tiempo que desincentivan en el largo plazo la participación en tales acuerdos por la vía de mejorar la efectividad en la fiscalización y probabilidad de una condena efectiva de los responsables (véase, por todos, Spagnolo 2004; Klein 2011; Chen y Rey 2013; Harrington y Chang 2015).

El rol de los programas de delación como herramienta de **desestabilización** de acuerdos anticompetitivos es a veces insuficientemente capturado en la discusión pública, que tiende a centrarse en su operación como instrumento facilitador de las investigaciones desarrolladas por la autoridad. Tal rol desestabilizador, no obstante, es clave para la operación de una política anti-carteles eficaz —y con ello para el adecuado funcionamiento de órdenes de mercado—.

Desde el punto de vista de la teoría económica (según confirman, además, varios estudios empíricos), la disrupción que introduce la posibilidad de delación (la amenaza de traición a “costo cero” por él o los rivales que participan del acuerdo colusorio) es un remedio frente al reforzamiento de los incentivos a mantener

la conducta colusiva que de otro modo importaría la introducción de sanciones para tales conductas. Lo anterior, considerando que desviarse de la colusión supondría en tal escenario no solo enfrentar el costo de las represalias impuestas por los demás participantes del acuerdo, sino también el de las sanciones que, en caso de detección, habría de imponer la autoridad a los miembros del cartel.

Por su parte, la **indemnización de perjuicios** causados por ilícitos anticompetitivos en general, y carteles en particular, opera en buena parte de las jurisdicciones en que hoy tiene cabida bajo los fundamentos y principios generales de la responsabilidad civil (esto es así pese a la existencia, en varios casos, de reglas especiales). En tales ordenamientos, su justificación atiende a consideraciones de justicia correctiva que típicamente se expresan y resumen en el principio de reparación íntegra del daño (la excepción obvia es Estados Unidos, donde la regla de triple daño recogida originalmente en la Sherman Act tiene una evidente finalidad punitiva y funciona, deliberadamente, como un fuerte incentivo a la litigación privada).

Desde la perspectiva de la responsabilidad civil, un cartel es simplemente una más entre las múltiples hipótesis de culpa infraccional (i.e. por infracción a estándares de conducta especialmente fijados en la legislación) que reconoce el ordenamiento jurídico.

Al decidir sobre la indemnización, las reglas de responsabilidad civil miran —por buenas razones— a la víctima, no al infractor, buscando restaurar la posición original de aquella (ordenando reparar o compensar íntegramente el perjuicio sufrido)[1]. Tampoco miran —no al menos directamente, y también por buenas razones— al bienestar social, al adecuado funcionamiento de los mercados, o al conjunto de condiciones que hacen probable que la reparación de los daños sea maximizada en la práctica.

II. OBJETIVOS EN *PARCIAL* CONFLICTO

Ordenar la indemnización de perjuicios ocasionados por un cartel se encuentra, al menos parcialmente, en tensión con la efectividad de los programas de delación compensada. Manteniéndose lo demás constante, la posibilidad de ser condenado posteriormente al pago de una indemnización a consecuencia de la propia infracción delatada disminuye, evidentemente, el atractivo de la delación y se opone al objetivo desestabilizador de esta última.

No es aventurado pensar que la disminución apuntada puede resultar, en muchos casos, decisiva.

Imagine que usted es la nueva gerenta o directora de una gran empresa que opera en un mercado oligopólico y que gracias a revisiones jurídicas ordenadas por el nuevo controlador —a quien usted debe su cargo— tiene fundadas sospechas de que, bajo la administración anterior, la empresa que ahora ha empezado a dirigir ha estado participando de un acuerdo colusorio por décadas. Alarmada, consulta a su abogado. Éste le informa acerca de los beneficios del programa de delación compensada y la posibilidad de evitar una multa que, de llegar la conducta a conocimiento de la autoridad y ésta a contar con pruebas para perseguirla, sería equivalente a aproximadamente dos veces el beneficio económico reportado por la infracción. Pero le informa además acerca de la posibilidad de un juicio de indemnización de perjuicios posterior.

Consulta entonces a un experto en cálculos econométricos, quien le advierte que dichos perjuicios son superiores al beneficio económico obtenido por su firma gracias al cartel. Y agrega que, atendida la duración

1 Una comprensión en estos términos de las reglas de responsabilidad civil extracontractual en Barros (2020), §3.

del acuerdo colusorio, una estimación conservadora del monto de tales perjuicios arroja una cifra de decenas (o cientos) de millones de dólares, que supera el ingreso anual total de su firma en el último año calendario (en que los resultados han sido tan buenos como es usual)[2].

Pagar tal indemnización ciertamente comprometería los resultados de la empresa por un período significativo y arrojaría por la borda los planes de inversión que, luego de la nueva toma de control, estaba previsto ejecutar en un mercado conexo. No delatar, por otra parte, importa mantener el riesgo de pagar tal indemnización y, además, las multas que podría imponer la autoridad en caso de descubrir el cartel y conseguir pruebas suficientes para sancionarlo.

Los informes sobre su escritorio estiman que el costo total (multas más indemnizaciones) de esta segunda alternativa es ligeramente inferior a tres veces el costo de la primera (delatar, pagando solo la indemnización de perjuicios). Pero las características propias del acuerdo colusorio sobre el que usted sospecha y el hecho de que el mismo no haya sido notado por la autoridad de libre competencia en varios años le recuerdan que es uno de muy difícil detección, por lo que pagar efectivamente esta última cifra parece, después de todo, altamente improbable. Confirma lo anterior algunos artículos académicos que le ha compartido su abogado, los que muestran que, en su jurisdicción (como en varias otras), el número de condenas por carteles en los últimos años dista de ser impresionante (sobre la base de esta evidencia, algunos de esos artículos sugieren que la capacidad de detección autónoma de carteles de la agencia local —i.e. sin delación— es inferior al de las agencias más reputadas, que cuentan con más recursos). ¿Qué hacer?

Luego de algunas consultas y varios dolores de cabeza, concluye que lo mejor es no indagar más en el asunto y, por consiguiente, no delatar. Después de todo —se dice a sí misma— usted no ha participado ni ordenado participación en acuerdo alguno y revolver las aguas en este momento podría afectar severamente los planes de la empresa, sus resultados, reputación y los objetivos comerciales que justifican su flamante nombramiento en ella. Además, está prevista una reestructuración de la gerencia de ventas en el mediano plazo y el retiro de algunos ejecutivos de larga carrera. Si hay algo mal —conjetura antes de conciliar el sueño— morirá por sí mismo tarde o temprano, sin la necesidad de alboroto y desembolsos económicos exorbitantes en un momento en que a la empresa vendría particularmente mal.

El dilema al que se enfrenta la gerenta o directora de nuestro ejemplo es, hasta cierto punto, expresión de los objetivos diversos que tienen las reglas de protección de libre competencia y las de responsabilidad civil apuntados más arriba.

Las primeras apuntan a la protección del proceso competitivo (o, por decirlo de modo más ecuménico, al buen funcionamiento de los mercados); las segundas buscan restituir el equilibrio roto por una acción dañosa y culpable. Desde la perspectiva de la responsabilidad civil, delatarse no es una buena razón para no restituir el daño que se ha causado a otro, con independencia de cuan bueno sea ello para la prevención y término de carteles (y, con ello, para evitar la producción de más daño). La utilidad social no paga, a fin de cuentas, las cuentas de las víctimas que han sufrido perjuicios por la acción específica de ciertas personas.

Pero el dilema recién descrito es evitable, puesto que el conflicto entre la reparación íntegra del daño producido por carteles y la protección del efecto desestabilizador que buscan los programas de delación compensada (y, con ello, de una política anti-carteles eficaz) es, en rigor, sólo parcial. Existe un importante espacio de mejora institucional —tal como sugeriré en la última parte de esta contribución— que

2 Tratándose de una empresa monoproductora, esta última suposición dista de ser exagerada.

permitiría una acción anti-carteles muchísimo más robusta, siendo fiel al principio de reparación íntegra del daño. Mas aún, como se trata soluciones que maximizan el efecto desestabilizador de carteles de la delación compensada (y la persecución efectiva de más casos de colusión), ellas maximizan, de modo agregado, que quienes resultan perjudicados por carteles (consumidores y otros agentes económicos) queden, en la práctica, indemnes.

III. UN PROBLEMA EXTENDIDO

Hasta donde es de mi conocimiento, la amplia mayoría de las jurisdicciones que cuentan con programas de delación compensada no confieren directamente inmunidad al delator en materia de indemnización de perjuicios. No obstante, varios de los ordenamientos que cuentan con una institucionalidad de protección de la libre competencia bien desarrollada contemplan reglas especiales relativas a la responsabilidad civil del (primer) delator.

En lo que sigue, examinaré muy sucintamente la situación de Estados Unidos y la Unión Europea (UE) para hacer notar, luego, que ambas soluciones son subóptimas. A la innovadora e interesante aproximación que fuera seguida hasta hace algún tiempo en Hungría me referiré en la última sección.

a. Estados Unidos

Estados Unidos tiene una larga experiencia tanto en materia de indemnización de perjuicios a los afectados por carteles como en programas de clemencia que eximen o rebajan sanciones a delatores que colaboran con la autoridad. La regla de "triple daño" (*treble dagames*) fue incorporada tempranamente en la Sherman Act (1980) y la Clayton Act (1914) como un fuerte incentivo a la litigación privada[3]. En tanto, la primera adopción formal de programas de clemencia data de 1978 y fue sustancialmente rediseñada por la Antitrust Division del Departamento de Justicia (DOJ) en 1993. En buena medida ella sigue siendo la base de los programas existentes en la actualidad[4].

Los beneficios que puede obtener delatores en materia de indemnización de perjuicios pasaron a estar legalmente regulados el año 2004, tras la dictación de la *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*[5]. De conformidad con esta ley (en lo que interesa a estos este trabajo), el beneficiario de inmunidad ante sanciones en el marco de un programa de delación compensada (i.e. primer delator) queda expresamente eximido de: (i) la regla de responsabilidad solidaria aplicable de otro modo a las partes de un cartel, y (ii) la obligación de pago del triple del daño causado[6].

---

3 Sobre la regla de *treble damages*, véase Daniel (1948). En la actualidad, la ley estadounidense dispone: "[...] *any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee*" (15 U.S. Code § 15 - Suits by persons injured).

4 Leslie (2011), 175.

5 La Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act (ACPERA) fue dictada originalmente por un período de tiempo limitado a través de la introducción de una regla de caducidad (*sunset clause*). Su vigencia debe ser extendida de tanto en tanto por el legislador norteamericano (que así lo ha hecho en numerosas ocasiones).

6 15 U.S. Code § 7a–1 - Limitation on recovery: "*(a)In general*. Subject to subsection (d), in any civil action alleging a violation of section 1 or 3 of this title, or alleging a violation of any similar State law, based on conduct covered by a currently effective antitrust leniency agreement, the amount of damages recovered by or on behalf of a claimant from an antitrust leniency applicant who satisfies the requirements of subsection (b), together with the amounts so recovered from cooperating individuals who satisfy such requirements, shall not exceed that portion of the actual damages sustained by such claimant which is attributable to the commerce done by the applicant in the goods or services affected by the violation".

El primer delator queda así obligado sólo al pago de daños (simples) que él mismo ha causado, en la cuota que corresponda. Asimismo, el delator tiene la carga de cooperar en el juicio de indemnización de perjuicios y eventualmente soportar el uso en tal procedimiento de los mismos antecedentes aportados en el marco de la delación. Algunas características del proceso, no obstante, hacen que quienes litigan por indemnización de perjuicios no siempre cuenten con toda la evidencia a disposición en la práctica[7].

b. Unión Europea y Estados miembros de la UE

En Europa, tanto la introducción de programas de delación compensada como la preocupación por la indemnización de perjuicios causados por ilícitos anticompetitivos es de más reciente data. La acción anti-carteles a nivel de la UE es llevada a cabo primordialmente por el Departamento de Competencia de la Comisión Europea (Comisión), que introdujo su primer programa de delación compensada en 1996 y lo perfeccionó significativamente en 2006[8].

Como se sabe, bajo el sistema institucional de la UE la Comisión impone directamente sanciones a los responsables, pudiendo sus decisiones ser impugnadas ante los tribunales de la Unión (Tribunal General y Tribunal de Justicia de la UE). Pero ninguno de dichos órganos es competente para conocer de acciones civiles de indemnización de perjuicios, materia que es de competencia doméstica de los tribunales de cada Estado miembro, de conformidad con las reglas de derecho interno.

Lo anterior explica que la litigación privada (y, en particular, la indemnización de perjuicios causados por ilícitos anticompetitivos) tenga, en términos generales, un grado de desarrollo menor en Europa, así como variaciones importantes entre los Estados miembros de la UE.

Como respuesta a esta realidad, la UE dictó una directiva hace aproximadamente ocho años (Directiva 2014/104)[9] orientada a facilitar la indemnización de perjuicios a nivel doméstico y armonizar (parcialmente) el derecho interno de los Estados miembros en esta materia sobre la base de algunos principios y reglas generales. La directiva introdujo varias reglas importantes sobre el particular, muchas de las cuales han sido objeto reiterado de discusión académica. En lo que interesa destacar aquí, la directiva contiene reglas sobre la extensión de responsabilidad de los infractores, con mención expresa del delator. Dichas reglas pueden resumirse someramente así[10]:

(i) responsabilidad "conjunta y solidaria" [sic] de los participantes de la colusión *respecto de compradores y proveedores directos e indirectos*;

(ii) limitación de la responsabilidad del primer delator a los perjuicios causados a sus propios compradores (o proveedores) directos o indirectos (por los que sigue siendo 'conjunta y solidariamente' responsable); tratándose de perjuicios causados a terceros distintos de compradores y proveedores directos e indirectos, la responsabilidad 'conjunta y solidaria' se limita

7 Véase Manning (2012).

8 Véase UE (2006/C 298/11). "Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel". Disponible aquí.

9 Directiva 2014/104 UE (26 noviembre 2014), "Relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea". Disponible aquí.

10 Véase el Artículo 11 de la Directiva de la UE citada en la nota precedente. La expresión "conjunta y solidariamente" es de la versión oficial en castellano.

a la hipótesis en que no ha sido posible obtener una compensación plena por parte de los demás participantes del cartel;

(iii) protección de los documentos aportados en el marco de la delación frente procedimientos indemnizatorios posteriores (materia de competencia doméstica de los Estados miembros), mediante (a) la prohibición de decretar su exhibición en juicio o (b) su declaración como prueba inadmisible[11].

Como puede apreciarse, la directiva europea, a efectos de no disminuir los incentivos a delatar, impide la utilización, en el juicio civil, de la evidencia que el primer delator ha aportado a la autoridad en sede de libre competencia. Al mismo tiempo limita (aunque de modo marginal) la responsabilidad civil del (primer) delator vis-à-vis los demás participantes del cartel.

c. Soluciones subóptimas

El problema, tal como demuestran experimentalmente Buccirossi *et al* en un valioso y reciente artículo (Buccirossi *et al* 2020), es que ambas soluciones son subóptimas.

En el caso de Estados Unidos, la relativamente alta probabilidad de que delatar frente a la autoridad se traduzca en un juicio indemnizatorio posterior exitoso en contra del propio delator, merma los incentivos a delatar en un conjunto no menor de casos (que podría ser mayor si la capacidad de la institucionalidad norteamericana para detectar carteles sin delación fuera menor y el riesgo efectivo de pagar el triple del daño no fuera tan alta). La solución norteamericana no es ideal, pero al menos puede decirse que existe un claro contraste entre: *(a)* ser solidariamente responsable de los perjuicios causados por el cartel y estar sujeto a la regla de triple daño (escenario de no delación), y *(b)* ser responsable solo por la *fracción* de los perjuicios que corresponde al delator, sin regla de triple daño (escenario de delación recompensada por la autoridad).

En el caso de la Directiva de la UE, el resultado es más notoriamente deficiente. Como vimos, a efectos de minimizar el desincentivo a acercarse a la autoridad para delatar un cartel, la Directiva busca limitar severamente el acceso a la información aportada por el delator (información clave para llevar un juicio de responsabilidad civil exitoso, también en contra de los participantes del cartel que no delataron). Adicionalmente, la directiva limita (pero solo marginalmente) la responsabilidad del delator, de modo tal que este, únicamente cuando los demandantes no sean compradores o proveedores directos o indirectos, no responderá directamente sino solo subsidiariamente por los perjuicios.

El problema es que esta solución afecta negativamente el valor global de las indemnizaciones que pueden obtener los afectados en la práctica: la falta de prueba impedirá el éxito de algunas acciones; en otros casos, tenderá a favorecer indemnizaciones más conservadoras, inferiores al daño efectivamente causado. Adicionalmente, la solución de no permitir el uso de la evidencia aportada priva al sistema de los efectos disuasorios positivos que tiene una indemnización de perjuicios efectiva, que es uno de los beneficios de la litigación privada en esta sede, como consistentemente se destaca en la literatura (véase, en un sentido similar, Bodnar et al 2021).

11 Véanse los artículos 6(6) y 7(1) de la Directiva de la UE.

IV. UN PROBLEMA CADA VEZ MÁS RELEVANTE

Si estas soluciones son abiertamente deficientes y el problema se replica en otras jurisdicciones, ¿por qué no ha sido notado con anterioridad?

En rigor, debe prevenirse que el mismo ha sido advertido ya desde unos cuantos años en la literatura económica. Hace casi veinte años (véase, por todos, Spagnolo 2003) algunos autores argumentaban que los programas de clemencia en general eran óptimos desde el punto de vista preventivo sólo si ellos producen protección frente a las demandas de indemnización de perjuicios. Más precisamente, el efecto de disuasión óptimo se produce minimizando el monto de daños que deben ser pagados por el primer —y solo el primer— delator (Spagnolo 2004; véase también Spagnolo 2008).

Pero la discusión ha adquirido nuevos bríos e interés en los últimos cuatro años, durante los cuales se han publicado varios trabajos económicos sobre el particular (la literatura es abundante: véanse, por todos, Buccirossi *et al* 2020; Bodnar *et al* 2021).

La renovada preocupación puede explicarse (y está, a mi juicio, plenamente justificada) por varios factores, entre los que cabe mencionar dos. El primero de ellos provee también pistas acerca de por qué las soluciones inadecuadas identificadas más arriba se encuentran todavía extendidas en el globo.

a. Falta de madurez de los programas de delación compensada y juventud de las reglas e instituciones necesarias para hacer probable una indemnización de perjuicios efectiva en casos de colusión

El primer factor es la relativa juventud de los programas de delación compensada en muchas jurisdicciones y la a veces aún mayor mocedad de soluciones institucionales que permiten una indemnización de perjuicios *efectiva* en un número significativo de ordenamientos. En otras palabras, es válido sostener que, en un número considerable de países, los resultados de la interacción entre las reglas de delación compensada y de reglas que permiten *efectivamente* la indemnización de perjuicios frente a acuerdos colusorios solo han podido comenzar a observarse en los últimos años. Bien puede afirmarse que aún no acabamos de percibir sus efectos.

Piénsese en el caso de los Estados miembros de la UE antes de la directiva de daños de 2014, que tardó en implementarse a nivel doméstico de cada país algunos años más[12]. O piénsese en el caso de Chile, donde hasta antes de la Ley 20.945 de 2016, existían algunas trabas procesales significativas para la efectiva indemnización de perjuicios derivados de un cartel cuando los afectados son consumidores (obstáculos que, en la práctica, se traducían al menos en una dilación bastante significativa del juicio de indemnización de perjuicios subsecuente; *infra*).

Más aún, la preocupación por garantizar una indemnización de perjuicios íntegra y efectiva frente a casos de carteles es una que en varias jurisdicciones (pienso, nuevamente, en el caso de muchos países de Europa y el chileno) se produjo únicamente con posterioridad a la implementación de políticas anti-carteles que lograron desbaratar y sancionar acuerdos de gran relevancia pública (en buena parte, debido al éxito de programas de delación compensada, introducidos formalmente algunos años antes).

12 Justificadamente, aún puede decirse que la litigación privada (*private enforcement*) en esta materia, particularmente en materia de indemnización de perjuicios, permanece en un estado de relativo subdesarrollo en varios países de la UE. Sobre el particular, véase, por ejemplo, Juška (2018), quien comentando la situación en Europa, afirma: "*Therefore, public enforcement has reached a point of stability and maturity over the last decade. In contrast, private enforcement is underdeveloped in compensating consumers and SME's, especially if they are indirect purchasers. Due to the ineffective right to claim damages, victims are losing billions of euros per year*".

Fue este éxito el que mostró la insuficiencia de las reglas (procesales) existentes para conseguir una indemnizaciones de perjuicios efectivas en varias jurisdicciones.

b. Disminución en el número de solicitudes de clemencia

El segundo factor que explica y justifica una renovada preocupación entre la interacción de las reglas de indemnización de perjuicios y los programas de delación compensada es la marcada caída en el número de solicitudes de clemencia (delaciones) observable en muchísimas jurisdicciones en los últimos cinco o siete años.

Esta descripción es válida, entre otros, para la UE, varios países miembros de la Unión (entre ellos España), varios países de Latinoamérica (entre ellos Chile) y el conjunto de estados partícipes en la OCDE (véase, por todos, OECD, 2022)[13].

Sin duda, la creciente probabilidad de que delatores se vean obligados a pagar íntegramente los perjuicios que se siguen de su participación en un cartel debe ser considerada como una más, entre *varias otras*, de las causas que explican esa tendencia (véase, por ejemplo, la investigación preparada por Alexandre Picón para CeCo, disponible aquí; para el caso de Chile, véase el trabajo preparado por Corvalán y Bórquez, disponible aquí)[14]. Todo indica, de hecho, que varias de esas causas, obedecen a características específicas de cada ordenamiento jurídico (en particular, a las distintas fuentes de incertidumbre que ellas pueden importar para el delator), lo que justifica la necesidad de soluciones a la medida de cada jurisdicción (ídem). Pero constantemente, los trabajos que estudian específicamente este problema mencionan la posibilidad o mayor probabilidad de que el delator sea condenado en un juicio de indemnización de perjuicios como un elemento clave (ídem; Jaspers 2019, entre muchos otros).

El hecho es que las solicitudes de delación han caído significativamente y con ella, al menos en varios casos, la efectividad de políticas anti-carteles. Y la mala solución institucional que muchos ordenamientos proveen para la (posible) indemnización de perjuicios por parte del delator es, con toda seguridad, una de sus causas[15].

V. EL CASO CHILENO

El caso chileno provee un buen ejemplo de eliminación progresiva de obstáculos para la indemnización causados por ilícitos anticompetitivos, en particular para casos de colusión.

---

13 OECD (2022a), 46: "*The number of leniency applications declined during the period 2015 to 2020. The decline in leniency applications in Europe is well documented […]. However, the decline in leniency applications is prevalent around the world as all regions in the OECD Comp-Stats database show this trend. Leniency applications declined in most jurisdictions in the OECD CompStats database. The number of leniency applications was lower in 2020 than 2015 in 28 jurisdictions (71.8% of the 39 jurisdictions that had at least one leniency application during the period 2015-2020 and provided complete data for all six years). In Europe, the number of leniency applications steadily declined for the period 2015 to 2020. Leniency applications were 70.5% lower in 2020 than 2015. In the Americas, the number of leniency applications declined, although not as steadily as in Europe. Nonetheless, leniency applications were 68.6% lower in 2020 than 2015".* Asimismo, en el reporte de la OCDE "Tendencias sobre Competencia en Latinoamérica y el Caribe" (2022), se muestra que en Latinoamérica y el Caribe, el número total de solicitudes de clemencia presentadas durante el año 2015 fue de 53, mientras que en el 2020 solo fue de 18. Por otro lado, en los países de la OCDE, el número de solicitudes para el 2015 fue de 432, mientras que en el 2020 fue de 163 (OECD 2022b, 31).

14 Corvalán y Bórquez (2022); Picón (2022).

15 Así lo reconoce, de hecho, el informe de la OCDE previamente aludido (OECD 2022a, 47): "*Private enforcement enables potentially harmed customers to pursue damage claims against cartel members. In jurisdictions with private enforcement, in addition to criminal and/ or civil and administrative sanctions, when considering a leniency application, cartelists also need to assess potential litigation costs and damages resulting from private enforcement. Given this risk of substantial additional costs, private enforcement could have a considerable impact on a cartelists' decision to file for leniency*".

Desde la ley que estableció el actual marco institucional de protección de la libre competencia en 2003 (mediante la creación, entre otros, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [TDLC] por la Ley 19.911) la posibilidad de reclamar indemnización de perjuicios por ilícitos anticompetitivos en general está expresamente reconocida y facilitada en la ley (artículo 30 DL 211)[16], donde se la regula como una acción *follow-on*, basada en la sentencia condenatoria ejecutoriada del TDLC y tramitada conforme a las reglas del procedimiento sumario.

Por su parte, conforme a las reglas generales del Código Civil, si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo (artículo 2317).

Estas reglas, que debieran facilitar significativamente una indemnización efectiva de los afectados cuando ellos son un número acotado y el daño sufrido por cada uno es suficientemente significativo como para litigar, se mostraron insuficientes para hacer probable la reparación íntegra de los afectados por algunos carteles de alta connotación pública que tuvieron lugar algunos años más tarde, en que los afectados eran fundamentalmente consumidores: caso *Farmacias*, *caso Pollos*, *caso Tissue*[17]. El primero de estos casos, vale observar, fue clave para el posterior reconocimiento legislativo de la delación compensada en Chile, que tuvo lugar el año 2009[18]; *Tissue*, en tanto, es un acuerdo colusorio desbaratado gracias a las reglas de delación compensada.

En *Farmacias*, el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) buscó la reparación subsecuente de los afectados mediante el procedimiento especial para la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores, establecido en la LPC[19]. Y aunque obtuvo sentencia favorable en primera instancia y logró posteriormente un avenimiento con los participantes del cartel distintos del delator, el juicio estuvo marcado por múltiples discusiones procedimentales acerca de la legitimidad activa del SERNAC y la aplicabilidad del procedimiento especial de la LPC a un caso de esta naturaleza. Al menos en parte, ello explica que el juicio se extendiera por más de siete años. En definitiva, quienes resultaron afectados por un cartel ocurrido entre los años 2007 y 2008 comenzaron a recibir compensaciones por los perjuicios sufridos recién en diciembre de 2020[20].

El legislador reaccionó buscando introducir mejoras y algunas simplificaciones al procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores de la LPC y despejar toda duda acerca de la aplicación de dicho procedimiento (y adicionalmente, como alternativa, de un nuevo proceso de negociación conducido por el SERNAC) para perseguir indemnización por atentados contra la libre competencia (incluidos carteles), si los afectados son consumidores (Ley 21.081, de 2018[21]; Ley 20.945 de 2016)[22].

---

16 DFL 1/2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL211 de 1973 (en adelante, simplemente, "DL 211").

17 Véase, respectivamente, TDLC, Sentencia 119/2012 y Corte Suprema, Sentencia rol Nº 2578-2012 (07/09/2012) ("Farmacias"); TDLC, Sentencia 139/2014 y Corte Suprema, Sentencia rol Nº 27.181-2014 (29/10/2015) ("Pollos"); TDLC, Sentencia 160/2017 y Corte Suprema, Sentencia rol Nº 1531-2018 (06/01/2020) ("Tissue").

18 En Farmacias, por primera vez en el derecho chileno, uno de los participantes del cartel (FASA) delató y colaboró sustancialmente con la autoridad (Fiscalía Nacional Económica, "FNE"), alcanzando un acuerdo para eximirse del pago de multas. Este hito (que permitió la condena de los demás partícipes del cartel) fue clave para el posterior reconocimiento legal de la delación compensada mediante la Ley 20.361 (2009).

19 DFL 3/2021 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores ("LPC"). Véanse los actuales artículos 50 y siguientes.

20 Para un resumen, véase CeCo (17.11.2020). "Indemnización por colusión del "Caso Farmacias": más vale tarde que nunca". Disponible aquí.

21 Ley 21.081, Modifica ley 19.496 sobre protección de derechos de los consumidores.

22 Ley 21.945, Perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia.

Más aún, en el marco de la discusión de la importante reforma y perfeccionamiento del sistema de libre competencia materializada en la Ley 20.945 (2016), parlamentarios impulsaron la idea (originalmente no contenida el Proyecto de ley presentado por el Ejecutivo) de que todos los juicios de indemnización de perjuicios por atentados contra la competencia (sea bajo el procedimiento ordinario; sea bajo el procedimiento especial para defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores) pasaran a ser de competencia del propio TDLC, en vez de tribunales civiles ordinarios (que era la regla hasta ese momento). Lo anterior obedecía a su percepción de que el TDLC estaba en mejor posición para decidir luego de haberse pronunciado sobre la infracción y, adicionalmente, al convencimiento de que esta solución permitiría la obtención de soluciones en plazos más acotados. La iniciativa triunfó y es ley vigente en la actualidad[23].

El resultado de esta evolución es que Chile cuenta hoy con un muy robusto conjunto de reglas que facilita la indemnización de perjuicios ocasionados por ilícitos anticompetitivos en general y carteles en particular. Una vez declarada la existencia del cartel por sentencia firme del TDLC, resulta hoy verdaderamente improbable que los partícipes del acuerdo no respondan civilmente por los perjuicios que han causado. Vista aisladamente, esa es una excelente noticia. El problema es que estas reglas más robustas no interactúan de modo adecuado con los programas de delación.

23 Artículo 30 DL 211; artículo 51 LPC. Véase el Informe de la Comisión de Constitución del Senado evacuado en Segundo Trámite Constitucional en el contexto de la discusión del proyecto de ley que dio lugar a la ley 20.945 (BCN, 2016).

Cuadro 1

Resumen de sanciones aplicables a los participantes de acuerdos colusorios y beneficios otorgados a quienes postulan a la delación compensada en Chile (2023).

Sanciones

En el derecho chileno, la participación en un acuerdo colusorio (acuerdos o prácticas concertadas descritos en el artículo 3º letra a DL 211) es sancionada (desde 2016) con multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente al *treinta por ciento de las ventas* del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido, *o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción*. Las multas pueden ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo (artículo 26 DL 211). Junto con imponer multas y modificar o poner término al acuerdo ilícito, el TDLC también puede ordenar la modificación o disolución de las personas jurídicas que han participado de la infracción e imponer la prohibición de contratar con órganos de la administración del Estado.

Adicionalmente (también desde 2016), se *sanciona penalmente* a las personas naturales que participen en "carteles duros" (i.e., acuerdos que involucre a dos o más competidores entre sí, para 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) (artículo 62 DL 211). La pena aplicable es la de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, es decir, *tres años y un día a diez años de presidio*. Además, los responsables son sancionados con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado máximo (i.e. de entre siete años y un día a diez años) para ejercer ciertos cargos. La pena privativa de libertad debe ser cumplida efectivamente por a lo menos un año.

Delación compensada

De conformidad con el diseño actual de la delación compensada, pueden acceder beneficios tanto el primer como el segundo delator, siempre que proporcionen antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el TDLC. Tratándose del segundo delator, debe tratarse además de antecedentes adicionales a los aportados por el primero.

Primer delator

El primer delator es eximido de las sanciones de multas y de la posible sanción de disolución (artículo 39 bis DL 211). Asimismo, queda exento de responsabilidad penal (artículo 63 DL 211).

Segundo delator

El segundo delator puede optar sólo a una reducción de la multa, de máximo 50% (artículo 39 bis). En materia penal, se le rebajará en un grado la pena (con lo que se reduce a un rango de entre 540 días y 5 años). Además, no se le aplica la regla que mandata un año de presidio efectivo si es que colabora en el procedimiento penal ratificando la declaración que presentara ante la FNE (a menos que trate de un cartel de solo dos integrantes y haya un primer delator, en cuyo caso no puede optar a este último beneficio) (artículo 63 DL 211).

Indemnización de perjuicios

La ley prohíbe expresamente el otorgamiento de cualquier beneficio a los delatores en lo relativo a la indemnización de perjuicios (artículo 39 bis DL 211, inciso final).

Cuadro 2

Resumen de reglas relativas a la indemnización de perjuicios causados por ilícitos contra la libre competencia y los procedimientos a través de los cuales puede reclamarse u obtenerse indemnización en el derecho chileno (2023)

La acción de indemnización de perjuicios por ilícitos contra la competencia (incluidos carteles) es regulada en el derecho chileno como una acción de tipo *follow-on*, basada en la sentencia condenatoria del TDLC (o la Corte Suprema), el que puede conocer del ilícito en virtud de requerimiento de la autoridad fiscalizadora (FNE) o —improbablemente, tratándose de carteles— de una demanda interpuesta por particulares.

Una vez firme la sentencia del TDLC o la Corte Suprema, las víctimas de un cartel pueden obtener el resarcimiento de los perjuicios sufridos a través de cualesquiera de los siguientes caminos procesales:

(a) demanda civil individual ante el propio TDLC, tramitada en un procedimiento simple y breve (Procedimiento Sumario del Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil) (artículo 30 DL 211). Esta opción será típicamente atractiva para las víctimas que sufrieron perjuicios de una magnitud suficientemente significativa como para litigar individualmente;

(b) demanda colectiva ante el TDLC bajo el procedimiento especial para defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores contemplado en la LPC (artículo 51 y siguientes LPC). Mediante este procedimiento serán típicamente indemnizados los consumidores que no han sufrido individualmente un perjuicio suficientemente significativo como para que se justifique demandar individualmente. Este procedimiento puede ser iniciado por: (i) la autoridad de protección de los consumidores (SERNAC), (ii) asociaciones de consumidores, o (iii) un grupo de 50 o más consumidores afectados. En este procedimiento, todos los consumidores afectados son representados por el demandante (la sentencia condenatoria tiene efecto erga omnes, con posibilidad de efectuarse individualmente reserva de derechos (*opt out*));

(c) acuerdo extrajudicial alcanzado entre la autoridad de defensa de los consumidores (SERNAC) y los infractores, en el contexto de un procedimiento de negociación reglado en el que pueden intervenir asociaciones de consumidores ("procedimiento voluntario" de la LPC). En caso de llegarse a acuerdo la solución alcanza a todos los consumidores afectados por el ilícito (con posibilidad de reserva de derechos u (*opt out*)).

En el caso de interponerse demanda (caminos a y b), ella se tramita ante TDLC (esto es, el tribunal que conoció de la infracción previamente). Las resoluciones pronunciadas por el TDLC solo admiten recurso de reposición, con la sola excepción de la sentencia definitiva, que puede impugnarse (directamente) ante la Corte Suprema vía recurso de reclamación (art. 30 DL 211).

Importantemente, el TDLC debe *fundar su fallo en los hechos establecidos en la sentencia que ya ha sancionado el ilícito*, hechos que, en consecuencia, no deben probarse nuevamente.

En lo demás, la prueba se aprecia conforme a las reglas de la sana critica (artículo 30 DL 211; artículo 51 LPC).

Cada uno de los participantes en el acuerdo colusorio es *solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del ilícito* (artículo 2317 Código Civil). Debe entenderse que el o los participantes del cartel que, en virtud de la regla de solidaridad, haya(n) debido pagar a las víctimas un monto superior a la parte que debían soportar como coparticipantes en el hecho que produjo el daño, pueden dirigirse luego contra los demás coparticipantes por lo pagado en exceso. La doctrina sugiere que la solución más adecuada en materia de contribución a la deuda en este contexto (i.e., relaciones internas entre los responsables del daño) es distribuir aquella en función de sus respectivas culpas y contribución causal a la producción del daño (véase, por todos, Barros 2020, §33, 278-279).

Volvamos a nuestro ejemplo, considerando ahora la evolución del derecho chileno recién expuesta. El abogado que, en 2010, haya debido asesorar a un cliente acerca de la delación compensada de un cartel debía advertirle que la eventual indemnización de perjuicios por parte del delator era una posibilidad real, pero podía acotar todavía a lo menos tres cosas que morigeraban esa advertencia: (i) que no existían precedentes en materia de indemnización de perjuicios a consumidores (bajo los procedimientos especiales de la LPC) por daños provocados por carteles, (ii) que la falta de regla expresa para esta hipótesis y algunas características procesales de tal procedimiento importarían para el o los demandantes un juicio relativamente difícil, y (iii) que la tramitación de tal juicio (ante tribunales ordinarios, Corte de Apelaciones y la Corte Suprema) hacía esperable un buen número de años, luego de la sentencia ejecutoriada del TDLC, antes de un eventual fallo condenatorio (lo cual fácilmente podía importar, como vimos, un horizonte de tiempo de más de una década entre el evento de la delación y el pago de indemnizaciones si los afectados eran consumidores).

El abogado que en 2023 provee de una asesoría similar no puede hacer ninguna de estas acotaciones. Ante la pregunta de su cliente por posibles acciones subsecuentes de indemnización de perjuicios luego de eximirse de responsabilidad por delatar (primer delator), debe informar acerca de: (i) la existencia de casos anteriores que confirman su procedencia (y de una regla expresa que permite la interposición de acciones colectivas bajo los procedimientos especiales de la LPC), (ii) la falta de excepción expresa a la regla general de solidaridad del Código Civil en el DL 211, y (iii) la prognosis de una sentencia condenatoria en un plazo acotado, tras un juicio ante el propio TDLC.

VI. OPORTUNIDADES DE MEJORA. EXPLORANDO OPCIONES PARA EL CASO CHILENO

¿Podemos hacerlo mejor? Por cierto. Existen caminos institucionales que resguardan de mejor modo los objetivos de la delación compensada y que son plenamente consistentes con la reparación íntegra del daño a quienes han sufrido perjuicios producto de un cartel.

En un contexto en que las solicitudes de clemencia van notoriamente a la baja y en el que no hay razones para suponer que los agentes económicos se coluden con menos frecuencia, implementar alguno de ellos resulta apremiante.

Lo anterior es especialmente relevante en el caso chileno, por a lo menos tres razones (ya anticipadas en las secciones previas de este trabajo):

(i) Chile cuenta hoy con reglas de indemnización de perjuicios por ilícitos contra la competencia que configuran un sistema particularmente robusto (tanto en sus propios términos como desde una perspectiva comparada). Una vez sancionado un cartel por sentencia firme del TDLC, la probabilidad de ser condenado a indemnizar (íntegramente) los perjuicios ocasionados es sumamente elevada.

Es razonable pensar que esta probabilidad de condena es significativamente superior a la que enfrentan los participantes de un cartel ya sancionado por la autoridad de competencia en Estados Unidos y la generalidad de los Estados miembros de la UE, particularmente tratándose del (primer) delator (y, así, que ella tiene un impacto mayor que el que tiene en tales jurisdicciones en la decisión de si delatar o no que enfrentan quienes forman parte de un cartel). En dichos países, como vimos, los demandantes civiles enfrentan incertidumbres y dificultades procesales que (tras las reformas legales de 2016 y 2018) no se presentan en el derecho chileno.

(ii) El ordenamiento jurídico chileno no contempla reglas que morigeren la responsabilidad civil del (primer) delator o que busquen protegerlo de una acción de indemnización de perjuicios exitosa. Por el contrario, contiene una regla expresa que impide hacer cualquier concesión a este respecto.

Ello contrasta con la realidad de Estados Unidos donde, además de ser eximido de la regla de triple daño, el primer delator deja de responder solidariamente por los perjuicios. Contrasta también con la realidad de la UE, cuya Directiva protege al delator por la vía de impedir a los demandantes civiles el acceso a algunos de los documentos que ha aportado (a la vez que reduce, aunque marginalmente, su responsabilidad civil).

(iii) Es razonable suponer que, atendido su tamaño y presupuesto, las autoridades de competencia de Estados Unidos y la UE cuentan con una capacidad de detección de carteles autónoma (*ex officio*, esto es, sin delatores) superior a la de la autoridad chilena, lo que, *ceteris paribus*, refuerza los incentivos a delatar (y, así, a desbaratar carteles) en dichas jurisdicciones[24].

¿Qué hacer? En lo que sigue analizo tentativa y sumariamente algunas opciones, haciendo presentes sus ventajas y posibles problemas.

A. Una opción minimalista

Una posible mejora básica, aunque insuficiente, consiste en **excluir expresamente al primer delator, y solo al primer delator[25], de la regla general de responsabilidad solidaria por delitos o cuasidelitos del artículo 2317 del Código Civil, limitando su responsabilidad a la fracción de los perjuicios que corresponda como uno de los participantes del ilícito.**

Como se ha visto, se trata de la solución adoptada en Estados Unidos (*supra*). En el caso chileno, ella supone crear una excepción a una regla general de derecho civil (artículo 2317), pero no es disruptiva de la lógica interna de las relaciones de derecho privado[26]. En efecto, esta solución mantiene intacto el vínculo entre todos los causantes del daño y las víctimas.

De cara a quienes sufren los perjuicios, la principal desventaja en comparación con la regla actualmente vigente (responsabilidad solidaria del delator) es que podría llegar a comprometerse una reparación

24 Lo anterior dista de ser una crítica a la labor de la FNE. Antes bien, es la simple constatación, repetida en la literatura, de la que la detección de carteles proactiva o *ex officio* es particularmente costosa en términos de recursos para las autoridades de competencia. Para un panorama general de las técnicas de detección proactivas y los enfoques de las autoridades en la actualidad (que deja claro este mismo punto, así como las importantes asimetrías que existen a nivel comparado), véase OCDE (2013).

En todo caso, la importancia de la detección carteles *ex officio* merece enfatizarse fehacientemente. De hecho, una de las condiciones fundamentales de un programa de delación compensada efectivo es que los agentes económicos perciban un alto riesgo de detección por las autoridades de competencia si es que ellos no delatan [Hammond (2010)]. Más aún, existen poderosas razones por las cuales las autoridades de libre competencia no debieran depositar demasiada confianza en la herramienta de la delación compensada. Una preocupación atendible es que delatar resulta mucho más atractivo tratándose de carteles pasados ("muertos" o "en vías de morir"). Otra es que ello puede ocultar un efecto estabilizador de la delación aquel subconjunto de carteles que, por sus características, tienden naturalmente a ser más estables [a este respecto, véase Harrington (2016), y Harrington & Chang (2015)]. Nada de lo propuesto en este trabajo a favor de una delación compensada más eficaz (en su ámbito propio), debe ser leído en favor de restar importancia a la detección *ex oficio*. Ella tiene, de hecho, un rol fundamental e insustituible.

25 Véase *infra*, nota 30.

26 Considérese, por ejemplo, que en el régimen de responsabilidad contractual la regla general para los casos en que existe pluralidad de deudores es que cada uno responde solo por su cuota (art. 1511 inciso primero y 1526 inciso primero del Código Civil). Es por esta razón que la solidaridad se predica como una modalidad de las obligaciones con pluralidad de sujetos y que, por lo tanto, requiere una fuente para operar (por ejemplo, una convención o una norma legal).

íntegra en la hipótesis (creo, muy improbable) en que *todos los demás* participantes de la colusión (respecto de los cuales la regla de solidaridad se mantiene) resultaren incapaces de responder por el monto agregado de sus respectivas cuotas.

De cara al potencial delator que traiciona un cartel, en tanto, exceptuarlo de la regla de solidaridad disminuye ostensiblemente los costos de delatar. Aunque quien ha debido pagar (en virtud de la regla de solidaridad) más de la parte que le corresponde soportar como copartícipe en el hecho que produjo el daño puede dirigirse luego contra los demás integrantes del cartel (*supra*, Cuadro 2), la posibilidad de soportar transitoriamente la carga de indemnizar todos los perjuicios puede significar un costo muy elevado, al que se suman la incertidumbre y costos procesales de un litigio posterior. La eliminación de estos riesgos constituye, por tanto, un incentivo importante a delatar.

Esta opción, *vis- à-vis* la regla actual, debiese maximizar los incentivos a delatar para aquellos participantes de la colusión que tienen una participación de mercado relativamente menor en el producto o línea de productos objeto de la colusión (i.e. una menor contribución individual a la producción del daño, al menos para efectos de estimar la respectiva contribución a la deuda entre los integrantes de la colusión[27]).

En efecto, bajo la regla actual, el "miembro pequeño" de un cartel cualquiera, delate (primero) o no, está en teoría expuesto a ser demandado por el total de los perjuicios que la colusión produjo. En contraste, exceptuándose al primer delator de la regla de solidaridad, el "miembro pequeño" de un cartel, frente a la disyuntiva entre delatar y no delatar, enfrenta dos alternativas más marcadamente disímiles: *(a)* si delata (primero), recibirá una exención de todas las sanciones y sólo enfrentará responsabilidad civil por la "pequeña parte" que le corresponde de los perjuicios; *(b)* si no delata (primero), y el cartel es, por alguna razón descubierto, recibirá sanciones (penales, de multa, etc.) y enfrentará la posibilidad de ser demandado por el total de perjuicios ocasionados por el cartel.

Para participantes en un cartel con altas participaciones de mercado, en tanto, exceptuar al primer delator de la solidaridad importa también un incentivo significativo en comparación a la regla actual, aunque el incremento de tal incentivo es menos marcado que para los miembros pequeños del cartel.

Esta alternativa, creo, tiene la importante ventaja de no crear problemas adicionales significativos que hagan necesaria la incorporación de nuevas reglas para controlarlos. Su principal desventaja es que es todavía subóptima desde la perspectiva de maximizar el efecto desestabilizador de la delación, que se logra cuando el primer delator no enfrenta riesgos serios de pagar una suma considerable de dinero tras delatar (aunque ella se restrinja a la fracción de los perjuicios derivados del ilícito que corresponda imputarle individualmente). O, más precisamente, cuando el costo de delatar es, costos reputacionales aparte, cero.

B. Bases para una solución óptima en maximizar los beneficios propios de la delación compensada (pero que envuelve otras dificultades)

Una solución más ambiciosa consistiría en maximizar el efecto desestabilizador de carteles de la delación compensada, de modo de asegurar que cualquier integrante pueda traicionar el cartel a 'costo cero' (y así

27 En lo que sigue, únicamente a efectos de facilitar la exposición, trato las respectivas participaciones de mercado de los infractores en el producto o línea de productos objeto de la colusión como si fuese el (único) indicador que determina sus respectivas contribuciones a la producción del daño. Cabe prevenir que esto envuelve una simplificación. Aunque, en principio, parece válido sostener que ese será un criterio adecuado para la mayoría de los casos (o al menos el más importante), no es el único que podría considerarse pertinente. Como vimos, la doctrina civil considera que la contribución a la deuda entre quienes son solidariamente responsables un ilícito ha de determinarse *en función de sus respectivas culpas y contribución causal a la producción del daño (supra*, Cuadro 2), lo que, en rigor, plantea preguntas adicionales.

virtualmente siempre tengan incentivos a romper el acuerdo). Para lograr este objetivo se vislumbran, en principio, dos caminos.

a. Exención de responsabilidad civil del primer delator

El camino más corto sería sencillamente eximir al primer delator de responsabilidad civil, como sugieren varios trabajos desarrollados por economistas (véase, por todos, Buccirossi *et al* 2020). La exención de responsabilidad del primer delator es compatible (aunque, como veremos, ello no está exento de dificultades) con la mantención de la regla general de responsabilidad solidaria para los demás participantes del cartel.

Esta opción tiene la virtud de ser simple y radical en maximizar el efecto desestabilizador de los programas de delación. Sin embargo, resulta profundamente disruptiva de la lógica interna de las relaciones de derecho privado y la idea de justicia correctiva que subyace a la responsabilidad civil extracontractual.

En efecto, una solución de este tipo supondría sencillamente romper el vínculo entre causante del daño y víctima(s), así como los vínculos internos entre el participante del cartel que delata y los demás participantes de aquel. Por lo mismo, ella plantea problemas de justicia entre los participantes del ilícito (entre quienes se distribuiría la cuota de responsabilidad civil del delator exento, lo que en algunas hipótesis podría llevar a resultados desproporcionados[28]).

Peor aún, en caso de insolvencia de los partícipes no delatores (pero no del delator), ella sería compatible con la no reparación íntegra del daño en hipótesis en las que uno de sus causantes está en condiciones de responder. Aunque este escenario no parece altamente probable en la práctica, se trata de uno que indudablemente envuelve injusticia. Y a la luz de las actitudes prevalentes de los consumidores chilenos frente a la colusión, cabe estimar también que aquella constituiría una situación particularmente irritante[29].

Lo dicho basta, a mi juicio, para descartar esta opción de reforma.

b. <u>Responsabilidad subsidiaria del primer delator</u>

Una segunda opción, también orientada a maximizar el efecto desestabilizador de las reglas de delación, pero más elegante y menos disruptiva que una simple exención de responsabilidad, consiste en establecer que: (i) el primer -y solo el primer- delator[30] quedará excluido de la regla general de responsabilidad solidaria (en línea con la opción minimalista antes discutida) y que, además, (ii) **solo podrá perseguirse en su contra el pago de perjuicios subsidiariamente**, esto es, únicamente si es que las víctimas no han logrado una

28 Véase lo que se discute más abajo a este respecto (en relación con la propuesta de responsabilidad subsidiaria del primer delator). Manteniéndose la regla de responsabilidad solidaria para sujetos distintos del primer delator, se presentaría aquí el mismo problema discutido más abajo en relación con esa opción.

29 Véase Aydin (2020). De conformidad en este estudio, otorgar compensaciones a los afectados es la "sanción" *[sic]* que concita más apoyo en la opinión pública.

30 La importancia de extender este beneficio *exclusivamente al primer delator* no debe ser soslayada. Los beneficios de la opción que aquí examino dependen de esta condición. Extender cualquier beneficio en materia de indemnización de perjuicios a un segundo delator comprometería severamente la eficacia de esta propuesta, a la vez que crearía nuevos problemas.

En efecto, como se sabe, existen argumentos económicos (a mi juicio, no definitorios; hay -también- atendibles argumentos en contra) para sostener que un diseño óptimo de programas de delación compensada debiera restringir los beneficios exclusivamente al primer delator, también en lo respecta a sanciones impuestas por la autoridad. Esta es una materia objeto de debate en la literatura, que escapa al propósito de esta investigación. Me limito notar que las soluciones analizadas aquí, en lo que respecta a la indemnización de perjuicios, bien podrían operar también bajo un esquema de delación que restringiera la entrega de beneficios al primer delator, también en lo que respecta a sanciones.

compensación íntegra por parte de los demás participantes del cartel, habiéndose dirigido contra ellos primero. Lo anterior, de modo análogo a lo que sucede con el *beneficio de excusión* del fiador, conforme al cual no puede exigírsele a este último el cumplimiento de la obligación afianzada en tanto el acreedor no se haya dirigido en primer lugar contra el deudor principal y se demuestre que este carece de bienes suficientes para hacer frente a la deuda[31].

Esta alternativa supone también (iii) mantener la regla general de responsabilidad solidaria vigente (artículo 2317 Código Civil) para aquellos participantes en el acuerdo colusorio distintos del primer delator.

Y supone, además, al menos como la concibo a afectos de este análisis preliminar, (iv) mantener ciertos resguardos institucionales que el derecho chileno contempla en la actualidad, en especial la sanción para quien, buscando perjudicar a otros agentes económicos, busque acogerse a los beneficios de la delación compensada entregando a sabiendas antecedentes falsos o fraudulentos[32]. Como esta propuesta disminuye los costos de delatar (para el primer delator), conservar este resguardo es importante para mantener a raya la posibilidad de que la institución de la delación compensada sea maliciosamente instrumentalizada[33].

Mantener la responsabilidad civil del primer delator, pero otorgarle un carácter subsidiario (excluyéndolo además de la regla de solidaridad), tiene considerables ventajas frente a otras alternativas imaginables orientadas a resguardar los objetivos que persigue la delación compensada, tales como: *(a)* una reducción legal especial del *quantum* de responsabilidad civil del primer delator, o *(b)* la eximición (total) de responsabilidad civil de aquél (*supra*). Frente a esta última opción, la propuesta de responsabilidad subsidiaria aquí parece una opción menos disruptiva de la lógica interna de las relaciones de derecho privado, puesto que mantiene un vínculo (atenuado en el caso del delator) entre todos los causantes del daño y (cada una de) la(s) víctima(s), a la vez que viabiliza una reparación íntegra en caso de insolvencia de los partícipes no delatores. La primera opción (reducción legal del *quantum* de responsabilidad civil del delator), en tanto, tiene la desventaja de ser marcadamente asistemática en el derecho chileno. Al mismo tiempo, la reducción únicamente parcial de la responsabilidad civil del delator mantendría latente el conflicto entre delación compensada e indemnización de perjuicios[34].

---

31 Artículo 2357 del Código Civil: "*El fiador reconvenido goza del beneficio de excusión, en virtud del cual podrá exigir que antes de proceder contra él se persiga la deuda en los bienes del deudor principa*l (...)".

32 Artículo 39 bis DL 211, inciso sexto: "*Quien alegue la existencia de la conducta prevista en la letra a) del artículo 3°, fundado a sabiendas en antecedentes falsos o fraudulentos con el propósito de perjudicar a otros agentes económicos acogiéndose a los beneficios de este artículo, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo*".

33 Como es sabido, el derecho chileno contempla otra regla que puede operar como un resguardo frente a la eventual instrumentalización de la delación compensada: el condicionamiento de los beneficios de exención de multa y disolución (primer delator) y rebaja de multa (segundo delator), a que no se acredite, durante el proceso tramitado ante el TDLC, que el beneficiario fue "el organizador de la conducta ilícita, coaccionando a los demás a participar en ella" (artículo 39 bis DL 211).

Desgraciadamente, esta regla, que debiese operar únicamente en casos verdaderamente excepcionales (la misma supone que hay *coacción*, lo cual importa mucho más que la perturbadora dureza de las condiciones de mercado que típicamente preceden a un acuerdo colusorio), resulta hoy problemática a consecuencia de la interpretación laxa que le diera la Corte Suprema en *Tissue* (supra, nota 17) -donde, a su alero, decidió sencillamente privar del beneficio de exención de multa al primer delator, imponiéndole una multa que la FNE no había solicitado-. A consecuencia de esta interpretación (en opinión de varios comentaristas, a la que plenamente suscribo, profundamente equivocada), esta regla hoy resulta una fuente significativa de problemas e incertidumbre (que afecta negativamente los incentivos a delatar y, por tanto, a desestabilizar carteles), antes que un resguardo. Como consuelo, cabe esperar que algunas particularidades de *Tissue* que van más allá de la coacción hagan improbable la aplicación del razonamiento de la Corte Suprema a otros casos (con esa esperanza, Agostini e Irarrázabal 2020: "Caso *Tissue* y los nuevos desafíos para la delación compensada". Nota CeCo, disponible aquí).

34 Para que una solución como ésa se justifique, entonces, habría que responder: (i) qué es lo que se buscaría resguardar con la mantención de cierto grado de responsabilidad directa, (ii) cuál sería el grado óptimo, y (iii) si lo que se busca resguardar compensa el compromiso parcial del efecto desestabilizador de carteles de la delación compensada. A mi juicio, la idea de que una modificación en este sentido sería preferible porque haría menos probable la eventual instrumentalización de la delación, resulta implausible. Aunque ese riesgo siempre debe analizarse, hay elementos que lo morigeran (y, presumiblemente, la introducción de reglas adicionales podría controlarlo mejor que la alternativa en comento). El ordenamiento jurídico chileno contempla reglas especiales que evitan la instrumentalización de la delación (supra). Más aún, todo indica que el hacerse pública la participación en un cartel conlleva, en el Chile de hoy, costos reputacionales particularmente altos para los involucrados (recuérdese la altísima connotación pública y difusión mediática que alcanzaron *Farmacias*, *Pollos* y *Tissue*). Sobre las actitudes públicas hacia la colusión y la alta desaprobación a las empresas y personas involucradas véase Aydin (2020).

La jurisdicción que ha implementado una solución como la discutida en este acápite es Hungría, tras una reforma a su ley de competencia en el año 2009 (antiguo artículo 88 D de la ley de competencia húngara, Acto LVII de 1996, modificado en 2009). Lamentablemente, esta solución institucional no alcanzó a recibir atención oportunamente, antes de ser tempranamente opacada por la Directiva de la UE de 2014 (*supra*) y las modificaciones necesarias para implementarla a nivel doméstico.

Un esfuerzo valioso por demostrar, a través de un modelo económico formal, que una solución como la descrita aquí resulta óptima desde el punto de vista de los objetivos que persigue la delación compensada, ha sido efectuada recientemente en Buccirossi *et al* 2020 (que contiene, además, un buen análisis de literatura económica relacionada). En dicho trabajo, los autores sostienen que, para el caso europeo, la solución óptima consistiría en permitir acceso a los documentos aportados por el delator ante la autoridad de competencia (de modo que los demandantes civiles puedan utilizarlos como prueba en los juicios de indemnización de perjuicios que se sigan en cada jurisdicción), restringiendo (idealmente, eliminando, esto es, *eximiendo*) la responsabilidad civil del primer (y solo del primer) delator.

Los efectos de la primera medida son, a mi entender, claramente análogos a los de un sistema de acciones *follow-on* como el chileno, en que el juicio de indemnización de perjuicios debe tomar como base los hechos acreditados en la sentencia condenatoria del TDLC. De hecho, las reglas del sistema chileno debieran maximizar los beneficios disuasorios de la litigación privada subsecuente, puesto que ellas excluyen la incertidumbre acerca de si el demandante civil logrará probar la conducta que ha causado el daño (de conformidad con tales reglas, como vimos, los hechos en los que se basa la sentencia condenatoria del TDLC se tienen por probados en el juicio de responsabilidad civil)[35].

En efecto, Buccirossi et al reconocen explícitamente que la antigua solución húngara (*supra*) es tan buena como aquella que creen óptima, salvando la hipótesis de quiebra de las empresas (distintas del primer delator) que participaron en la colusión. En ese caso extremo (y, tiendo a pensar, improbable), existiría verdaderamente un *trade-off* entre reparación íntegra del daño a las víctimas y maximización del efecto desestabilizador de la colusión. Como la aquí esbozada, la solución húngara lo decide —nótese— a favor de la reparación íntegra del daño[36].

Así las cosas, esta opción parece muy preferible a la exención de responsabilidad del primer delator (*supra*, a). Aunque innova, lo hace sobre la base categorías jurídicas conocidas. La misma atenúa (pero no cercena) la relación entre el infractor delator y quienes han sufrido perjuicios. Resguarda la reparación íntegra del daño a las víctimas, evitando escenarios injustos y exasperantes. Y la misma se acerca al óptimo de maximización del efecto desestabilizador de carteles de la delación compensada, otorgando incentivos muy fuertes a romper el acuerdo, lo que resulta fundamental para una política anti-carteles eficaz. ¿Es, entonces, la solución?

Lo dudo. Pese a sus innegables virtudes, creo importante hacer notar tres objeciones interrelacionadas que podrían plantearse en su contra. Únicamente la última es, a mi juicio, decisiva.

---

35 Artículo 30 DL 211; supra, cuadro 2.

36 Por esto es importante notar, como correctamente enfatizan Buccirossi et al (2020), que la idea (a veces asumida acríticamente en la literatura europea) de que existe "a secas" (i.e. en términos generales) conflicto frontal entre la delación compensada y la litigación privada [*private enforcement*] orientada al resarcimiento de daños, y de que por tanto existe siempre un *trade-off* entre ambas que hace necesario un "balance", es un error. Bajo un diseño en que el primer delator no responde de los perjuicios causados, no hay conflicto, y por tanto no hay *trade-off* alguno. Tanto la delación como la litigación privada pueden ser, entonces, maximizadas —y maximizados así los beneficios que persiguen ambas instituciones, sin sacrificio recíproco de sus objetivos—. En un diseño de responsabilidad subsidiaria del delator, como el aquí analizado, el espacio de conflicto se reduce muy significativamente.

La *primera* es que esta opción supone apartarse de los criterios de justicia distributiva que típicamente rigen las relaciones internas entre quienes son conjuntamente responsables (copartícipes) en la comisión de un ilícito. En último término (i.e. saldadas sus respectivas obligaciones de contribución a la deuda), los responsables del cartel distintos del primer delator serían civilmente responsables por un *quantum* superior al de su respectivo grado de contribución a la producción del daño (i.e., su "cuota"). Salvando la hipótesis de insolvencia de los no delatores, el carácter subsidiario de la obligación del delator y la excepción de la regla de solidaridad respecto de aquél, tienen el efecto práctico de redistribuir entre los demás participantes del cartel (a prorrata de sus respectivas contribuciones al daño) la fracción de los perjuicios por la cual de otro modo le correspondería responder al delator. Podría entonces objetarse (haciendo una observación válida, pero imprecisa), que esta redistribución tiene un efecto equivalente al que tendría introducir una hipótesis de daños punitivos en el derecho chileno, que ello resulta asistemático y, por lo anterior, indeseable.

No me parece esta una objeción terminante. Lo primero que cabe notar es que la analogía con la figura de daños punitivos tiene aquí un rendimiento bastante limitado. De cara a las víctimas —nótese bien— esta opción no conlleva indemnizaciones superiores al perjuicio efectivamente causado. En tanto, la redistribución (entre los no delatores) de la fracción de los perjuicios por la que sería de otro modo responsable el primer delator (a nivel de las relaciones *internas* entre los cartelistas) es un efecto deliberadamente buscado por esta opción institucional. Lo anterior, en el entendido (i) que tal redistribución debiese operar como un factor disuasivo adicional (en principio, valioso[37]) a las sanciones ya establecidas en la ley; (ii) que la participación conjunta de cada cartelista en un mismo hecho es condición necesaria para la producción del daño (todos los daños) derivados del ilícito (y así, que resulta derechamente inexacto argüir que esta solución es equivalente a responsabilizar a los no delatores por un hecho ajeno[38]); y (iii) que mejorar la relación entre las reglas de delación compensada y la indemnización de perjuicios necesariamente importará cierto sacrificio de sistematicidad, sacrificio que esta alternativa trata de minimizar cuanto sea posible. En último término, el argumento a favor de esta solución presupone que tal sacrificio está justificado por (i) la alta especificidad de los problemas que plantea la relación entre los programas delación compensada y las reglas de indemnización de perjuicios, y (ii) el altísimo costo social (por su efecto estabilizador de acuerdos colusorios) que acarrea resolverlos inadecuadamente por referencia a las reglas generales de responsabilidad civil. Estos argumentos y presupuestos son, a mi juicio, correctos.

Una *segunda objeción* que podría argüirse en contra de la solución bajo análisis es que cualquier mecanismo disuasorio adicional a las multas (y otras sanciones) ya establecidas en la ley resultaría, *en términos generales*, derechamente indeseable. Esta objeción presupone, en otras palabras, que las sanciones que actualmente contempla el derecho chileno (*supra*, Cuadro 1) cristalizan el óptimo de disuasión y que la introducción de un elemento disuasivo adicional sería conducente a un escenario de "disuasión excesiva" (*over-deterrence*)[39].

---

37 Sobre este punto, sin embargo, véanse las dos objeciones que siguen.

38 Precisamente esto justifica la regla de solidaridad del artículo 2317 del Código Civil. El daño surge en este caso a consecuencia *de un (mismo) hecho ilícito en el que todos infractores son copartícipes*. Ello es especialmente obvio en el caso de la colusión, en que el ilícito consiste en una forma de acción coordinada (es decir, se trata de uno que no puede cometerse actuando individualmente). En este sentido, la coparticipación en un delito o cuasidelito en términos de la regla del artículo 2317 del Código Civil es claramente distinguible de aquellas hipótesis en que el daño se produce (simplemente) a consecuencia de la acción *concurrente* de varios agentes. Conforme a la doctrina y jurisprudencia francesa estos casos dan lugar a obligaciones *in solidum*, que comparten solo los rasgos esenciales de las obligaciones solidarias (véase Barros 2020, §33, s. 278-279).

39 Al modo en que es típicamente entendido en la literatura, un escenario de *disuasión excesiva* es indeseable, puesto en él los agentes económicos actúan con excesiva precaución, evitando incurrir en conductas económicamente eficientes (que no configuran el ilícito) por las consecuencias que se seguirían en caso de que ellas fueran consideradas (equivocadamente) como constitutiva de infracción por la autoridad.

Aunque, en definitiva, la pregunta por qué tan lejos o cerca está operando nuestra institucionalidad del óptimo de disuasión es una pregunta empírica compleja, que escapa con creces al objeto de este trabajo[40], no creo que, *planteada como una aprensión general*, esta represente una objeción contundente. Sin lugar a duda, el derecho chileno dio un paso decisivo hacia una disuasión óptima en 2016 (mediante la eliminación de límites fijos de multa y la introducción de sanciones penales), que lo deja (en lo que a sanciones se refiere) a la par de jurisdicciones que cuentan con una institucionalidad anti-carteles robusta. Pero, como bien se sabe, no son pocos los trabajos económicos que argumentan que, incluso la práctica de esas jurisdicciones (que cuentan, previsiblemente, con una capacidad superior de detección de carteles *ex officio*), todavía está (significativamente) por debajo del óptimo de disuasión[41]. Así las cosas (y a falta de estudios que atiendan a la realidad chilena reciente), el argumento general de que *cualquier* elemento disuasivo adicional resultaría indeseable (i.e. incorrecto, desde la perspectiva de un buen diseño institucional), parece implausible[42].

Una *tercera objeción* —relacionada con la anterior— sí parece, en cambio, especialmente importante. Antes que objetarse en términos generales que la introducción de cualquier elemento disuasorio adicional conduciría a un escenario de "disuasión excesiva", podría objetarse que *los efectos distributivos prácticos* de la exclusión del delator para efectos de la contribución a la deuda pueden resultar problemáticos en determinados casos. En particular, podrían resultar indeseables, por desproporcionadas, las consecuencias que se siguen en ciertas hipótesis en que la participación de mercado del delator (en la línea de productos o servicios objeto de la colusión), resulta muy disímil *vis-à-vis* los cartelistas no delatores[43].

Dichas hipótesis están lejos de ser implausibles. Piénsese, por ejemplo, en una eventual colusión entre A, B, y C respecto del producto P, en el que tienen participaciones de mercado respectivas de 90%, 5% y 5%. Imagínese que A logra ser el primer delator ante la autoridad. Que B y C deban responder cada uno por el 50% del total de los daños producidos por el cartel puede resultar abiertamente indeseable. En el extremo, cuando estas diferencias se condicen con el tamaño de las firmas coludidas, podría llegar comprometerse la solvencia de el o algunos de los infractores que no delataron. Y ese es un resultado que las reglas de cualquier sistema de libre competencia bien diseñado debiesen evitar.

Para corregir la dificultad que se produciría en esta hipótesis extrema, podrían introducirse reglas adicionales que limitasen la responsabilidad de los no delatores en tales escenarios. Hay espacio, creo, para explorar el diseño de una o más reglas a este respecto, pero ello es un esfuerzo que excede el de este trabajo. En cualquier caso, el desafío no es sencillo, pues supone encontrar una regla administrable (y simple) que, al menos en cierto ámbito, enfrentaría el dilema que la solución de responsabilidad subsidiaria del delator busca evitar [i.e., un trade-off entre (a) minimizar los escenarios en que el

---

40 En definitiva, una apreciación completa de qué tan lejos o cerca está un sistema de libre competencia del óptimo de disuasión de carteles es materia propia de un trabajo económico. En el caso de la institucionalidad chilena, la evaluación debiera atender a la práctica del sistema con respecto a casos de colusión materializados con posterioridad a la reforma legal de 2016 (que elevó sustantivamente las sanciones aplicables a casos de colusión; *supra*, Cuadro 1). Una posible respuesta es que no hay aún un número de casos suficientemente significativo como para sacar conclusiones en esta materia. Considérese (en virtud de la definición incluida en la nota precedente) que la respuesta a la pregunta por cuál es la disuasión óptima depende, entre otros, del riesgo de error de la autoridad (y, con ello, de qué tan expansiva o conservadora es en la aplicación de la regla de conducta pertinente).

41 Para el caso de la UE, véase, por ejemplo, Marinello (2013).

42 Obsérvese en todo caso que, si fuera efectivo que resulta indeseable la introducción de cualquier elemento disuasivo adicional, la pregunta que sea plantearía, desde la perspectiva del diseño de un sistema adecuado, es si acaso no cabría disminuir parcialmente las multas aplicables en favor de una solución como la que ahora se analiza, en el entendido que ella debiese facilitar la detección y desbaratamiento de más carteles (y, adicionalmente, la reparación de los daños a un número mayor de afectados).

43 Como previne, tratar a las respectivas participaciones de mercado de los infractores en el producto o línea de productos objeto de la colusión como si fuese el único indicador que determina sus respectivas obligaciones de contribución a la deuda envuelve una simplificación (*véase supra*, nota 27).

primer delator es civilmente responsable (a efectos de maximizar el efecto desestabilizador de la delación compensada), y (b) resguardar la reparación íntegra a las víctimas del daño causado por el cartel].

¿Qué sugiere todo lo anterior en términos de cuál es la opción institucional que resulta preferible? A mi juicio, la opción minimalista (que corresponde, como vimos, a la aproximación seguida en Estados Unidos), representa, por el momento, un piso mínimo de mejora. Pese a resultar subóptima desde la perspectiva del efecto desestabilizador de la delación compensada, ella evita los problemas que las demás soluciones previamente analizadas acarrean, con la ventaja adicional de que su simpleza debiese facilitar notoriamente su implementación y aplicación. A partir de allí, creo, existe algún espacio para argumentar que —como muchas veces es el caso en el diseño de sistemas institucionales—, todas las opciones disponibles conllevan ciertos sacrificios. Y que, por eso, el modelo de responsabilidad subsidiaria del primer delator (en los términos aquí analizados), pese a sus falencias, podría llegar a conducir a mejores resultados que las opciones en que el delator siempre debe responder civilmente de los perjuicios. Por último, tiendo a pensar que, si se hallara una regla administrable que resuelva adecuadamente las dificultades que acarrea dicho modelo cuando la contribución individual del primer delator a la producción de daño es muy significativa (en comparación a los demás integrantes del cartel), la balanza se inclinaría decididamente a su favor.

VII. CODA

En términos prácticos, implementar alguna de las soluciones que aquí he discutido para el caso chileno —en particular opción minimalista, que se limita a exceptuar al delator de la regla de solidaridad— supondría una modificación relativamente menor y de fácil despacho al artículo 39 bis del texto refundido del DL 211. Con buena técnica legislativa, ella bien podría importar la adición de tan solo un inciso a dicha disposición e, idealmente, la eliminación de su actual inciso final. Dicho inciso (que es fruto de una indicación parlamentaria aprobada durante la tramitación de la ley 20.945) dispone: "En ningún caso este régimen de exenciones o reducciones [i.e. el de la delación compensada] podrá extenderse a la indemnización de los perjuicios que tuviere lugar".

La motivación que subyace a esa regla (en rigor, innecesaria por redundante) es noble: los carteles producen un daño social enorme y resulta asistemático y, en definitiva, moralmente inadmisible, que quienes se enriquecen gracias a ellos no reparen el daño que han causado a los afectados. Este trabajo —permítaseme enfatizar— comparte plenamente dicho juicio. Lo que objeta es que la solución institucional que dicha disposición expresivamente cristaliza hace el mal que no quiere y no el bien que pretende.

Hace el mal que no quiere, porque tiende a estabilizar carteles y merma significativamente el atractivo de la delación compensada. Y no hace el bien que quiere, puesto que siendo la delación compensada una de las principales herramientas de una política anti-carteles eficaz, comprometerla permite que un mayor número de carteles no sea desbaratado y, con ello, que se repare íntegramente a un número menor de víctimas de acuerdos colusorios. El que los costos de esta situación no sean inmediatamente visibles no es una buena razón para cultivar el autoengaño.

Existiendo opciones institucionales que compatibilizan de mejor modo la desestabilización y desbaratamiento de carteles con la reparación íntegra de las víctimas, su implementación resulta, en el contexto actual, imperativa. Aquí he pretendido simplemente explorar, preliminar y provocativamente, algunas bases de solución, haciendo notar las dificultades que las opciones aparentemente más atractivas conllevan.

Se trata, por cierto, solo de un esfuerzo inicial. Si el argumento planteado en la cuarta sección de este trabajo es correcto, perseverar en la búsqueda de mejores soluciones será también apremiante. La interacción entre las reglas de delación compensada y aquellas que permiten efectivamente la indemnización de perjuicios en casos de colusión es, en varias jurisdicciones, un fenómeno relativamente nuevo. Sus efectos —problemas— recién los estamos empezando a percibir.

Bibliografía

Agostini e Irarrázabal (2020): "Caso Tissue y los nuevos desafíos para la delación compensada". Nota CeCo (disponible aquí).

Aydin (2020). "Attitudes Toward Collusion in Chile". 17 *Journal of Competition Law* & Economics 1, 168-193.

Barros (2020). *Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Segunda Edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN) (2016). *Historia de la ley* 20.945.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN) (2018). *Historia de la ley* 21.081.

Bodnar, Olivia; Fremerey, Melinda; Normann, Hans-Theo; Schad, Jannika Leonie (2021)." The Effects of Private Damage Claims on Cartel Activity: Experimental Evidence". Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE), Heinrich Heine University Düsseldorf. Discussion paper No. 315.

Buccirossi, Paolo; Catarina Marvão, and Giancarlo Spagnolo (2020). "Leniency and Damages: Where Is the Conflict?" *The Journal of Legal Studies* 2020 49:2, 335-379.

CeCo. "Indemnización por colusión del "Caso Farmacias": más vale tarde que nunca" (17.11.2020). Disponible aquí.

Chen, Zhijun and Patrick Rey (2013). "On the design of Leniency Programes". *The Journal of Law & Economics,* Vol. 56, No. 4.

Corvalán, José y Bórquez, Francisco (2022). "Uso y efectividad de la Delación Compensada en Chile: las cifras ante la FNE". Investigación CeCo (disponible aquí).

Daniel, W W (1948). "Enforcement of the Sherman Act by Actions for Treble Damages". Virginia Law Review, Vol. 34, No. 8 (Nov., 1948), 901-926.

Harrington y Chang (2015). "When Can We Expect a Corporate Leniency Program to Result in Fewer Cartels?" The Journal of Law & Economics, Vol. 58, No. 2 (May 2015), 417-449.

Harrington (2016). "Successes and Challenges in the Fight against Cartels". Pre-BRICS International Competition Conference (November 2015).

Hammond (2010). "The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement over the Last Two Decades", Speech from Feb 25 2010. Disponible en: http://www.justice.gov/atr/public/speeches/255515.htm

Jaspers (2020). “Leniency in exchange for cartel confessions”. European Journal of Criminology, 17(1), 106–124.

Juška (2018). “The Effectiveness of Antitrust Collective Litigation in the European Union: A Study of the Principle of Full Compensation”. *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law* 49, 63–93.
Klein, Gordon (2011). “Cartel Destabilization and Leniency Programs - Empirical Evidence” . ZEW - Centre for European Economic Research Discussion Paper No. 10-107.

Leslie, Christopher (2011). “Editorial - Antitrust Leniency Programmes”. 7 The Competition Law Review 2, 175-179.

Manning (2012). “ACPERA - Eight Years Later, ‘Satisfactory Cooperation’ Lacks a ‘Satisfactory’ Definition”. ABA Antitrust Law and International Bar Association. 2012 International Cartel Workshop.

Marinello, Mario (2013). “Do European Union Fines Deter Price Fixing?”. Brueguel Policy Brief, issue 04/2013.

OECD (2013). “Ex officio cartel investigations and the use of
screens to detect cartels”. Disponible en: https://www.oecd.org/competition/exofficio-cartel-investigations.htm

OECD (2022a). “OECD Competition trends 2022”. Disponible en: https://www.oecd.org/competition/oecd-competition-trends.htm

OECD (2022b). “Tendencias sobre Competencia en Latinoamérica y el Caribe”. Disponible en: https://www.oecd.org/finance/tendencias-sobre-competencia-en-latinoamerica-y-el-caribe-2022-f19a5033-es.htm

Picón, Alexandre (2022). “Explorando las causas de la caída de las solicitudes de clemencia en la Unión Europea, España y Latinoamérica: diferentes motivos, diferentes soluciones”. Investigación CeCo (disponible aquí).

Spagnolo, Giancarlo (2004). “*Divide et impera optimal deterrence mechanisms against cartels and organized crime*”. University of Mannheim C.E.P.R.

Spagnolo (2005). “Managerial incentives and collusive behavior”. European Economic Review, 2005, vol. 49, issue 6, 1501-1523.

Spagnolo (2008). ” Leniency and Whistleblowers in Antitrust”. In Buccirossi et al (ed.) Handbook of Antitrust Economics (Cambridge, MIT Press).

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:
Mauricio Garetto, "Delación compensada e indemnización perjuicios producidos por carteles: Podemos hacerlo mejor (y es urgente)", *Investigaciones CeCo* (marzo, 2023),
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