



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Económico

**SISTEMA DE DELACIÓN COMPENSADA EN LIBRE
COMPETENCIA EN CHILE:
ANÁLISIS CRÍTICO Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile

VICENTE JAVIER SAIZ UNDA

Profesor Guía: Simón Accorsi Opazo

Santiago, Chile.

Marzo, 2015.

*A mis padres Tatiana y Fernando y
a mi hermano Benjamín, por su apoyo incondicional.*

*A los amigos y amigas, compañeros y compañeras de ruta
(especialmente a Paula Alvarado, por su
imprescindible ayuda en este trabajo).*

A Euterpe, por no abandonarme jamás.

A la gente de la Fiscalía Nacional Económica.

A los profesores Simón Accorsi, Joaquín Morales y Santiago Montt.

*A la institución consignada en la primera línea, tercera página de la
Memoria “Estudios sobre la Resuspensión Viscosa en Flujo
Laminar”, de Daniel Ignacio Caichac Avilés.*

Santiago, 2015.

INDICE.

INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO I.....	9
EL SISTEMA DE DELACIÓN COMPENSADA	9
CAPÍTULO II.....	33
EL SISTEMA ÓPTIMO DE DELACIÓN COMPENSADA EN LIBRE COMPETENCIA	33
2.1 CARACTERÍSTICAS DE UN MODELO ÓPTIMO DE DELACIÓN COMPENSADA.	33
2.2 PIEDRAS ÁNGULARES PARA EL FUNCIONAMIENTO ÓPTIMO DE UN PROGRAMA DE DELACIÓN COMPENSADA.....	35
2.3 SEVERIDAD EN LAS SANCIONES.....	35
2.3.1 <i>Nivel óptimo de Multas.</i>	37
2.3.2 <i>Penas privativas de libertad</i>	41
2.4 TEMOR DE DETECCIÓN.....	44
2.4.1 <i>Programa Individual de Delación Compensada</i>	45
2.4.2 <i>Características especiales de un programa individual</i>	47
2.4.3 <i>Obtención de Recompensas y Protección al Delator Individual</i>	49
2.5 TRANSPARENCIA EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS.....	52
2.5.2 <i>Orden de Llegada: inmunidad y reducciones</i>	55
2.5.3 <i>Inmunidad de responsabilidad Civil por daños</i>	59
2.6 SÍNTESIS DE LAS CARACTERÍSTICAS DE UN PROGRAMA DE DELACIÓN COMPENSADA ÓPTIMO:.....	60
CAPÍTULO III:.....	63
EL SISTEMA CHILENO DE DELACIÓN COMPENSADA FRENTE AL SISTEMA ÓPTIMO	63
3.1 EL SISTEMA CHILENO DE DELACIÓN COMPENSADA.....	63
3.1.1 <i>El programa de delación compensada en la ley</i>	63
3.1.2 <i>Guías de la Fiscalía Nacional Económica</i>	65
3.1.3 <i>Primera Guía de la Fiscalía Nacional Económica</i>	66
3.1.4 <i>Segunda Guía de la Fiscalía Nacional Económica</i>	69
3.2 HISTORIA DE LA LEY N° 20.361	72
3.2.1 <i>Mensaje Presidencial</i>	73
3.2.2 <i>Debate en la Cámara de Diputados</i>	75
3.2.3 <i>Discusión en el Senado</i>	79
3.2.4 <i>Trámite en Comisión Mixta:</i>	80
3.3 PROBLEMAS DEL SISTEMA CHILENO DE DELACIÓN COMPENSADA EN LIBRE COMPETENCIA.	84
3.4 EN CUANTO A LA SEVERIDAD EN LAS SANCIONES.	85
3.4.1 <i>Sanciones que puede imponer el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia</i>	85
3.4.2 <i>Inexistencia de sanciones penales</i>	86
3.4.3 <i>Cuantía de las Multas</i>	86

3.4.4 <i>Falta de Severidad en las Sanciones</i>	88
3.5 EN CUANTO AL TEMOR DE DETECCIÓN.....	88
3.5.1 <i>Facultades Intrusivas de la autoridad</i>	88
3.5.2 <i>Falta de un Programa Individual de Delación Compensada</i>	89
3.6. EN CUANTO A LA TRANSPARENCIA EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS.....	91
3.6.1 <i>Evaluación General</i>	91
3.6.2 <i>El artículo 285 del Código Penal</i>	92
3.6.3 <i>Exposición a acciones por responsabilidad civil</i>	93
3.7 SÍNTESIS DE LOS PROBLEMAS DEL PROGRAMA CHILENO DE DELACIÓN COMPENSADA.	94
CAPÍTULO IV:	97
PROPUESTAS DE SOLUCIÓN.....	97
4.1 INTRODUCCIÓN.....	97
4.2 SEVERIDAD EN LAS SANCIONES.....	98
4.2.1 <i>Determinación del monto de las Multas</i>	99
4.2.2 <i>Introducción de penas privativas de libertad</i>	103
4.3 TEMOR DE DETECCIÓN.....	108
4.3.1 <i>Programa Individual</i>	109
4.3.2 <i>Recompensas</i>	110
4.3.3 <i>Protección de Identidad de los Delatores</i>	112
4.4 TRANSPARENCIA EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS.....	113
4.4.1 <i>Eliminación del artículo 285 del Código Penal y de cualquier arista penal</i>	114
4.4.2 <i>Control de la Acción Penal</i>	115
4.4.3 <i>Orden de Llegada</i>	118
4.4.4 <i>Regulación de la indemnización civil</i>	119
4.5 SÍNTESIS DE LAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN.....	121
CONCLUSIONES	124
BIBLIOGRAFÍA.....	128
ANEXO I. ENTREVISTA CRISTIÁN REYES CID.....	135
ANEXO II: ENTREVISTA GONZALO ESCOBAR ELEXPURU.....	163

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura N° 1: Escenario sin delación compensada.....	21
Figura N° 2: Escenario con delación compensada	22
Figura N° 3: Esquema de Características de un Modelo Óptimo.....	61
Figura N° 4: Lista de Problemas de la Delación Compensada en Chile.....	93
Figura N° 5: Fórmula de Cálculo de Sanciones.....	101
Figura N° 6: Ejemplo de tipificación de la colusión.....	106
Figura N° 7: Listado de propuestas de solución.....	121
Figura N° 8: Paralelo entre el la situación actual y las propuestas de mejora.	122

INTRODUCCIÓN

El enfoque que se utiliza en este trabajo no es del todo ortodoxo, teniendo en cuenta que se trata de una Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Antes de tratar los temas que son objeto de este trabajo, se pretende explicar el enfoque utilizado, dando luces acerca de los objetivos de este esfuerzo, facilitando así su correcta lectura para que pueda, muy humildemente, ser un aporte al debate académico acerca de la lucha contra los carteles y, en particular, sobre los programas de delación compensada.

Este trabajo pretende, muy modestamente, situarse desde una óptica de lo que puede llamarse “diseño institucional”. En este sentido, el punto de vista adoptado es uno que permite la reflexión acerca del funcionamiento de una determinada institución o política pública – en la especie, un programa de delación compensada – desde una óptica altamente pragmática. Se establece entonces una justificación para este análisis, para luego concentrarse muy predominantemente en aspectos de carácter “práctico” (a falta de un mejor término), sin detenerse mayormente en consideraciones morales, de

reprochabilidad de las conductas o de objeciones en cuanto a derechos fundamentales. Se hace presente que a la fecha de redacción de esta memoria existen ya trabajos que tratan temas tales como la justificación de las penas privativas de libertad¹ en sede de libre competencia y la afectación de derechos fundamentales por las facultades intrusivas de la Fiscalía Nacional Económica así como también por su programa de clemencia².

En primer lugar, debe establecerse que el presente trabajo adopta la teoría de la elección racional, propia de la literatura económica, a efectos de analizar la gran mayoría de los tópicos que conciernen a su objeto de estudio. Lo anterior se explica pues, si bien esta teoría no es omnicomprendensiva del comportamiento humano y de las organizaciones (ni pretende serlo), es particularmente decidora del comportamiento de los agentes económicos. Debe tenerse en cuenta que quienes toman decisiones en las empresas están, en el ejercicio de estas funciones, guiados normalmente por el afán de lucro, es decir, de maximización de utilidades y minimización de costos. En muchos casos – aunque no en todos – se trata de personas con educación especializada en la materia, vale decir, entrenamiento y experiencia enfocadas a la gestión y manejo de empresas. Además, muchas veces las decisiones corresponden a

¹ Al respecto, vid. CONNOR, John et. al., “Criminalizing Cartels – An American Perspective”; KING, David, “Criminalization of Cartel Behaviour” Ministry of Economic Development Nueva Zelanda, 2010; OCDE, “Cartel Sanctions Against Individuals”, 2005.

² Vollmer U., Sebastián, “Derechos Fundamentales y Colusión: Revisión constitucional del sistema sancionatorio del ilícito colusivo”. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile. Santiago. 2009.

organismos colegiados, tales como directorios, lo que eleva el grado de sofisticación en el conocimiento y contribuye a “enfriar” la toma de decisiones; y contando con asesorías con aún mayor grado de especialización. En palabras de SPAGNOLO “El análisis de elección racional está particularmente bien adaptado para analizar los carteles y las políticas en su contra. Los malhechores son gerentes de compañías, altamente educados y calculadores, entrenados en evaluar costos y beneficios de sus elecciones y para reaccionar frente a incentivos, más que a la rabia, las pasiones y los instintos”.³

En la misma línea, la literatura económica sobre el tema constituye una parte mayoritaria de la bibliografía. Esto, atendido que es esta ciencia social la que mayor estudio ha dedicado al particular, pudiendo aportar evidencia teórica y empírica al respecto, analizando casos de la realidad de varias jurisdicciones y proponiendo mejoras o derechamente programas de clemencia completos mediante la utilización de modelos matemáticos.

Se revisará también legislación comparada (especialmente en el Capítulo II) en cuanto a los modelos de delación compensada. Esto permite contrastar con el sistema chileno, para una mejor evaluación, dando a su vez un grado de realismo que no sería posible de obtener de utilizarse tan sólo modelos matemáticos. Entre otros, se tienen en cuenta el programa de clemencia del

³ SPAGNOLO, Giancarlo, “Leniency and Whistleblowers in Antitrust” en BUCCIROSSI, Paolo, “Handbook of Antitrust Economics”, MIT Press, 2008. P. 260. [Traducción Propia]

Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América y el programa de la Unión Europea.

Respecto a los dos párrafos anteriores – utilización de literatura económica y legislación comparada – podría objetarse que difícilmente estos casos pueden adaptarse a la realidad chilena, aduciendo por ejemplo que en tanto nuestra economía es pequeña y concentrada nada nos dice que lo que funciona en un modelo matemático o en una realidad distinta debiera funcionar en la nuestra. Frente a esto, obviamente, se tendrá muy en cuenta la realidad de nuestro país al momento de proponerse la incorporación de medidas presentes tanto en modelos como en otras jurisdicciones. En particular sobre los modelos matemáticos utilizados por la bibliografía de este trabajo, es importante hacer notar que muchos de estos modelos se basan en un oligopolio de Bertrand (particularmente un duopolio de Bertrand, en el cual dos firmas compiten produciendo bienes totalmente homogéneos, siendo aquéllas las fijadoras de precios y los consumidores quienes seleccionan las cantidades a adquirir en base a esos precios), el cual se ajusta bastante a varios mercados de nuestra economía, por lo que la aplicación de las medidas en esas obras propuestas puede ser aún más razonable y aún más fácil que su implementación en los países de origen o residencia de sus autores.

En lo tocante a comportamientos privativos de personas naturales, como se verá al analizarse la entrega de recompensas al delator persona natural y su protección, será posible contar en cierta medida con lo informado por otras disciplinas, tales como la sociología y la psicología.

Se utilizarán asimismo, cuando sea pertinente, trabajos provenientes del derecho penal o la criminología. Y es que, independiente de que exista discusión acerca del carácter cualitativo o cuantitativo de la diferencia entre derecho penal y derecho administrativo sancionador (y si el derecho de libre competencia en Chile cae efectiva y totalmente dentro del segundo), se presentan ciertas dinámicas análogas en cuanto a la investigación y persecución de los delitos. Más aún, este trabajo propondrá que es necesario el establecimiento de penas privativas de libertad para los participantes de un cartel, como parte importante de un funcionamiento óptimo de un sistema de delación compensada, por lo que necesariamente debe acercarse hacia el área penal.

Finalmente, el presente trabajo debe reconocer limitaciones, propias de una memoria para optar al grado de licenciado. Ciertos temas relevantes y relacionados con lo tratado por este esfuerzo académico no podrán ser abarcados en él. Entre estos se cuentan los modelos de atribución de responsabilidad penal para ejecutivos o tomadores de decisiones de empresas

que se coludan; la afectación de derechos fundamentales; la discusión sobre el bien jurídico libre competencia; entre otros. Este trabajo no podrá extenderse sobre estos tópicos, si bien es posible que los toque tangencialmente. Y, como se dijo anteriormente, estos temas han sido o están siendo tratados por otros trabajos a la fecha de redacción de esta memoria.

Y es que el enfoque de este trabajo, como se estableció más arriba, tiene que ver con el buen diseño e implementación de una política pública, analizando las normas jurídicas en tanto parte esencial del ambiente en el que se desenvuelven los agentes económicos.

La presente Memoria se estructura de la siguiente manera: en el Capítulo I se entrega un concepto de delación compensada, se explica su funcionamiento y se revisa evidencia de su utilidad y necesidad; en el Capítulo II se esbozan las características de un sistema óptimo de delación compensada; en el capítulo III se describe el sistema chileno y se lo contrasta con el óptimo, diagnosticando así los problemas que éste presenta; en el capítulo IV se entregan propuestas para solucionar estos problemas, que pretenden ser orientadoras de políticas públicas y mejoramiento normativo (tanto legislativo como reglamentario); y en las Conclusiones se entregan algunas reflexiones motivadas por la elaboración de este trabajo. Dicho lo anterior, es posible proceder derechamente a la investigación.

“El joven le dijo: "Padre, pequé contra el Cielo y contra ti; no merezco ser llamado hijo tuyo". Pero el padre dijo a sus servidores: "Traigan en seguida la mejor ropa y vístanlo, pónganle un anillo en el dedo y sandalias en los pies. Traigan el ternero engordado y mátenlo. Comamos y festejemos, porque mi hijo estaba muerto y ha vuelto a la vida, estaba perdido y fue encontrado" ”

Lucas 15: 21-23.

CAPÍTULO I

EL SISTEMA DE DELACIÓN COMPENSADA

1.1 Concepto de sistema de delación compensada.

La delación compensada, clemencia, o amnistía, puede definirse para estos efectos como un mecanismo que permite a la autoridad persecutora reducir sanciones, eximir de ellas o incluso otorgar recompensas a uno o más miembros de una organización delictiva a cambio de información acerca de la existencia y funcionamiento de esa organización.

En palabras de GONZÁLEZ, “la delación compensada es un mecanismo que busca inducir la deserción de al menos uno de los miembros del cartel, al cual se le ofrece una reducción o anulación total de la sanción a cambio de confesar su participación en el delito y entregar pruebas que permitan, en forma indiscutible, inculpar al resto de los miembros de la organización”⁴.

⁴ GONZÁLEZ, Aldo, [s.a.] “Conceptos y Aplicación de la Delación Compensada en la Persecución de los Carteles”, Revista En Foco. p. 5

Este mecanismo permite tanto la disuasión ex ante, minando la confianza necesaria para formar organizaciones delictivas, haciéndola más riesgosa; la disuasión ex post, propendiendo a que los miembros de la organización deserten y denuncien a sus compañeros de colusión por miedo a ser delatados y en consecuencia sancionados; y la mejor persecución y condena de los miembros de estas organizaciones, obteniendo la prueba necesaria para lograr la condena en juicio.

La delación compensada aparece en varios países y en diferentes sedes. En los Estados Unidos de América existe cierta discrecionalidad del órgano persecutor (el Fiscal de Distrito), con la existencia de los *plea bargains*, que consisten en negociaciones en las que, por declararse culpable, una persona puede obtener una condena menor a cambio de, por ejemplo, entregar información acerca de otros delincuentes o de la organización criminal en la que participa.

En Chile, el mecanismo de delación compensada aparece en tres áreas, a saber: lucha contra el terrorismo⁵, narcotráfico⁶, y libre competencia⁷.

⁵ CHILE. Ley 18.314. Ministerio del Interior. 1984. Determina conductas terroristas y fija su penalidad. Mayo 1984.

⁶ CHILE. Ley 20.000. Ministerio del Interior. 2005. Sustituye la Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Febrero 2005.

En el caso de la lucha contra el terrorismo, el artículo 4º de la Ley N° 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad, se establece que “Podrá disminuirse la pena hasta en dos grados respecto de quienes llevaren a cabo acciones tendientes directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado, o dieran informaciones o proporcionaren antecedentes que sirvieran efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de otros delitos terroristas, o bien, para detener o individualizar a responsables de esta clase de delitos”⁸. Saltan a la vista los fines preventivos (“acciones tendientes directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado”); de información y desestabilización de las organizaciones terroristas (“dieren informaciones o proporcionaren antecedentes que sirvieran efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de delitos terroristas”); así como de represión, prueba y condena de estas conductas (“detener o individualizar a responsables de esta clase de delitos”).

En lo que respecta a la lucha contra el narcotráfico, el artículo 22 de la Ley N° 20.000 en su inciso primero prescribe que “Será circunstancia

⁷ CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2009. Ley N° 20.361: Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que . de 2005, sobre Tribunal de Defensa de Libre Competencia. Julio 2009.

⁸ CHILE. Ley 18.314. Ministerio del Interior. 1984. Determina conductas terroristas y fija su penalidad. Mayo 1984.

atenuante de responsabilidad penal la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley⁹". Esta circunstancia atenuante permite rebajar la pena en dos grados, una vez consideradas las circunstancias atenuantes y agravantes generales previstas en el Código Penal. La pena puede rebajarse de la misma manera hasta en tres grados si se trata del delito contemplado en el artículo 16 del mismo cuerpo legal, esto es, cuando los hechos "se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en esta ley"¹⁰.

Finalmente, en sede antimonopólica, el artículo 39 bis del Decreto Ley 211, modificado en el año 2009 por la Ley N° 20.361, establece que "El que ejecute una conducta prevista en la letra a) del artículo 3° [colusión] podrá acceder a una reducción o exención de la multa cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables"¹¹. De esta manera, el primero que aporte antecedentes, cumpliendo los requisitos legales, puede

⁹ CHILE. Ley 20.000. op. cit.

¹⁰ CHILE. Ley 20.000. op. cit.

¹¹ CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2009. Ley N° 20.361: Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que . de 2005, sobre Tribunal de Defensa de Libre Competencia. Julio 2009. Op. cit.

acceder a la exención de la multa, mientras que quienes no lleguen primeros, cumpliendo otros requisitos, pueden acceder a una reducción de hasta un cincuenta por ciento de la misma.

El presente trabajo se centra en su implementación en libre competencia, donde se sostiene que tiene especial importancia por su probada eficacia en la materia.

1.2 El sistema de delación compensada en sede de libre competencia

La decisión de adoptar un programa de delación compensada en libre competencia, según se dijo, guarda relación con el combate a un atentado específico a la libre competencia, cual es la colusión. La colusión ha sido llamada “el mal supremo de la libre competencia”¹² por la Corte Suprema de Estados Unidos. Según MONTI, “los carteles son cánceres en una economía abierta de mercado, (...) Destruyendo la competencia, causan importantes daños a nuestras economías y consumidores. En el largo plazo, los carteles también minan la competitividad de la industria involucrada, pues eliminan la presión que emana de la competencia para innovar y lograr eficiencias de

¹² Supreme Court of the United States, 2004. 540 U.S. 398; 2004-1 TRADE Cas. (CCH) ¶ 74,241. VERIZON COMMUNICATIONS INC. v. LAW OFFICES OF CURTIS V. TRINKO, LLP Apartado III.

costos”¹³. El mismo autor recoge una estimación que es ilustrativa del daño que causan los acuerdos colusorios, aún los que no consisten en acuerdos perfectamente formados. En un caso citado por MONTI, “La publicación de los precios de transacción específicos de las firmas llevó a un incremento de los precios promedio de casi un 20%”¹⁴. Según otros autores, la sobrecarga mediana que produce un cartel varía entre un 17% y un 21%, “una masiva transferencia de riqueza de los consumidores a los dueños de los carteles”¹⁵. Esto quiere decir que, mediante un acuerdo colusorio, se alteran los precios de mercado que daría la competencia, produciéndose una extracción de dinero desde los consumidores hacia los productores o proveedores cartelizados. De esta manera, los consumidores pagan más de lo que deberían, llegando incluso a desplazarse a una porción de ellos fuera del mercado¹⁶ lo que para ciertos autores es asimilable a un robo¹⁷. En definitiva, al decir de MONTI, “ los carteles, por tanto, por su propia naturaleza eliminan o restringen la competencia. Las compañías participantes en un cartel producen menos y obtienen mayores utilidades. La sociedad y los consumidores pagan la cuenta. Los recursos son mal

¹³ MONTI, Mario. Member of the European Commission in charge of Competition Fighting Cartels Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour? 3rd Nordic Competition Policy Conference Stockholm, 11-12 September 2000.

¹⁴ MONTI, Mario, op. cit.

¹⁵ CONNOR, John, FOER, Albert y UDWIN, Simcha. “Criminalizing Cartels – An American Perspective”. New Journal of European Criminal Law, Vol. 1, Issue 2, 2010. P. 200.

¹⁶ *Ibidem* p. 201.

¹⁷ Vid. CONNOR et al., op. cit., y KING, David, “Criminalization of Cartel Behaviour, Ministry of Economic Development”, Enero 2010., Nueva Zelanda

asignados y el bienestar de los consumidores se ve reducido. Es entonces por buenas razones que los carteles son casi universalmente condenados”¹⁸.

Lo anterior es aún más grave tratándose de países en vías de desarrollo. Así, FRANCO consigna que “los consumidores pobres sufren más al pagar los altos precios cartelizados porque tienen menos para gastar (...) cualquier pérdida en el ingreso de un consumidor que ya está luchando para cubrir los estándares básicos de vida tendrá un impacto mucho más profundo en su bienestar en relación a la pérdida en el ingreso de un consumidor de un país desarrollado”¹⁹.

Entendido lo pernicioso que resulta la colusión es que se entiende y se justifica la introducción de mecanismos que la desincentiven y ayuden en su persecución, como es la delación compensada.

La primera vez que se estableció este mecanismo en sede antimonopólica fue en el año 1978²⁰ en Estados Unidos, pero no fue hasta 1993 en que recibió las modificaciones que le dieron eficacia, las que

¹⁸ MONTI, Mario. Member of the European Commission in charge of Competition Fighting Cartels Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour? 3rd Nordic Competition Policy Conference Stockholm, 11-12 September 2000.

¹⁹ FRANCO, Adriana, “ Leniency in South America: Making Brazilians blow the Whistle”. Boletín latinoamericano de competencia, Febrero 2006. P.34. [Traducción Propia].

²⁰ CHEN, Zhijun y REY, Patrick, “On the Design of Leniency Programs”. Toulouse School of Economics. 2012. P. 1.

apuntaron a hacer la entrega de los beneficios automática en caso de cumplirse los requisitos, eliminando la discrecionalidad casi por completo²¹. En nuestro país, el mecanismo fue introducido en el año 2009, insertándose el artículo 39 bis en el Decreto Ley N° 211²². De éste se provee una descripción somera en el apartado anterior, y más adelante será descrito y criticado en detalle.

A continuación se describen los objetivos de un programa de amnistía en el área de libre competencia. Luego de eso se examina la especial necesidad que existe de un sistema como el descrito en sede antimonopólica, la que fue comprendida por el Legislador chileno hace no mucho tiempo.

1.3 Objetivos de un sistema de delación compensada en libre competencia.

Los objetivos de un sistema de delación compensada en libre competencia son los tres que se mencionaron anteriormente. Estos son un

²¹ *Ibíd.*

²² CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2009. Ley N° 20.361: Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que . de 2005, sobre Tribunal de Defensa de Libre Competencia. Julio 2009.

fin disuasivo ex ante; un fin disuasivo ex post (o fin desestabilizador) y, en tercer lugar, un fin probatorio.

1.3.1 Fin disuasivo ex ante: evitar la formación de nuevos carteles.

Esto se logra ya que la instalación de un buen programa de delación compensada modifica las reglas del juego de manera tal para los agentes que la formación del cartel deja de ser una decisión racional y conveniente.

1.3.2 Fin disuasivo ex post: desestabilizar los carteles ya formados.

Lo anterior se consigue puesto que el mantenerse leal al cartel pasa a ser una situación de muchísimo riesgo, en contraste con la decisión de desertar de éste e informar a las autoridades, obteniendo la exención o reducción de la sanción (o la recompensa) en su caso.

1.3.3 Fin probatorio: obtener evidencia dura de la existencia y operación del cartel.

Este último objetivo cobra importancia por cuanto el estándar de prueba utilizado por los tribunales para dar por demostrada la existencia de un acuerdo colusorio es bastante alto. La prueba de la colusión, frente a los

tribunales en general y en particular frente a nuestra Excelentísima Corte Suprema requiere de la existencia de “evidencia dura”, esto es, aquella que acredite verazmente la intención de concertar precios o cuotas de mercado y la comunicación entre los agentes, la cual es muy difícil de obtener si no es mediante el ejercicio de facultades intrusivas o por la entrega de esta información a la autoridad por parte de uno de los agentes. GONZÁLEZ lo ilustra al comentar el llamado caso “Oxígenos”, en el que nuestro máximo tribunal revocó la condena establecida por el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia estableciendo que el paralelismo sólo demostraba una hipótesis de colusión, sin existir evidencia concluyente al respecto²³.

En este sentido, la existencia de un programa de delación compensada estimula a los agentes a entregar esta evidencia, condicionando a esta colaboración la obtención de beneficios, y por esta vía obteniendo los medios necesarios para acreditar el acuerdo anticompetitivo satisfaciendo los más altos estándares de prueba.

El orden en que estos fines están enumerados arriba no es casual. Es, en efecto un orden de importancia. El primer objetivo es el más relevante: se trata de que la colusión no exista, o se vea reducida a la menor expresión

²³ GONZÁLEZ, Aldo, 2007. La delación compensada o amnistía en la lucha anti carteles, Trabajos de Investigación en Políticas Públicas, Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile, 2007, pp. 7-8.

posible. El segundo objetivo va en línea con el anterior, que es lograr desestabilizar los carteles existentes para lograr su disolución. La condena de los acuerdos colusorios, si bien es importantísima, no puede tenerse por prioritaria frente a la prevención de su misma existencia y operación. Se hace hincapié en esto pues al momento de diseñar, implementar, o mejorar un programa de clemencia, no debe perderse de vista que lo que se busca en último término es mejorar la competencia en los mercados. Haciendo analogía con las políticas públicas en salud, se trata de tener una economía más sana, más que de estar constantemente cuidando sus enfermedades.

A continuación se describe, como se anunció, la necesidad y conveniencia de contar con un buen sistema de delación compensada en sede antimonopólica.

1.4 Funcionamiento de un sistema de delación compensada.

Los programas de clemencia funcionan por la vía de estructurar los incentivos de manera tal que una ponderación racional de los agentes concertados respecto de su curso de acción tienda a ser siempre el de desertar del acuerdo anticompetitivo en el que se encuentran, delatando a sus compañeros.

Esta dinámica puede explicarse desde la Teoría de Juegos. Esta teoría busca comprender y poder predecir el comportamiento de los participantes de acuerdo a un determinado escenario. En este caso, los “participantes” son los agentes en un mercado, y el “juego” va a consistir en la decisión que debe tomar cada agente sobre si mantenerse en el acuerdo colusorio o denunciar este acuerdo. Por supuesto, se “gana” al maximizar beneficios y minimizar pérdidas.

A continuación se presentan dos escenarios: en el primero no existe programa de delación compensada, mientras que en el segundo éste mecanismo es introducido.

1.4.1 Escenario sin programa de delación compensada

La siguiente figura, elaborada por GÁRATE ²⁴, grafica las posibilidades de decisión que tienen los agentes (A y B) en el juego, respecto de si denunciar al cartel o continuar leales al acuerdo, sin existir programa de delación compensada. Esto significa que denunciado el acuerdo, ambos participantes serán condenados; pero si ninguno

²⁴ GÁRATE, Oscar A. 2013. El ilícito Anticompetitivo de Colusión. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

denuncia, ambos obtienen las ganancias propias de la extracción que la colusión importa:

Figura N° 1: Escenario sin delación compensada²⁵.

A

B/A	Cartelización	Denuncia
Cartelización	(100), (100)	(-100), (-100)
Denuncia	(-100), (-100)	(-100), (-100)

B

Según se observa, si A y B deciden seguir cartelizados, ambos obtendrán 100. Si cualquiera de los dos denuncia, o si denuncian ambos, tanto A como B se verán expuestos a las sanciones, perdiendo esos 100. El equilibrio de Nash se produce entonces en la conducta cartelizada. En palabras de GÁRATE, este equilibrio “se encuentra en la opción de mantener el acuerdo colusorio, y lo que es más relevante, la denuncia en todos los casos implica un detrimento económico”²⁶.

²⁵ GÁRATE, op. cit., p. 241. En la obra original está como Figura N° 11.

²⁶ GÁRATE, op. cit., p. 242.

En este escenario, en consecuencia, los incentivos están alineados para provocar un comportamiento colusorio en los agentes.

1.4.2 Escenario con programa de delación compensada:

Una vez introducido un programa de delación compensada, la estructura de incentivos cambia radicalmente, conforme lo ilustra esta figura.

Figura N° 2: Escenario con delación compensada ²⁷.

A

B/A	Cartelización	Denuncia
Cartelización	(100), (100)	(-100), (0)
Denuncia	(0), (-100)	(-50), (-50)

B

En este juego desaparece el equilibrio anterior, pues ahora quien denuncie reportará un mayor beneficio que aquél que no lo haga. Notar que la

²⁷ GÁRATE, op. cit., p. 243. En esta obra aparece como Figura N° 13.

figura asume que en caso que ambos denuncien, el beneficio se entrega a quien lo haga primero. Como lo explica GÁRATE, los incentivos en este escenario “hacen que la estrategia dominante en dicho esquema sea el de la denuncia, toda vez que, la sanción ante el silencio o mantención del acuerdo es dos veces mayor a la de ésta última opción. De ésta forma, el modelo de comportamiento eficiente da por resultado la denuncia de ambos miembros, siendo el equilibrio de Nash de este juego.”²⁸

Ha de notarse que en el esquema hay ciertas suposiciones que pueden alterarse. Otros equilibrios se asemejarán al Dilema del Prisionero o a juegos de recompensas, lo cual se describirá en detalle cuando sea pertinente.

Resumiendo, este apartado explica desde la Teoría de Juegos cómo funciona un sistema de delación compensada y qué efectos tiene su introducción en el comportamiento de los agentes. Sin embargo, esta explicación teórica no es suficiente para sostener sin más que es necesario contar con un programa de delación compensada. En efecto, siendo un mecanismo instalado ya en muchas jurisdicciones, es importante revisar la evidencia disponible en cuanto al funcionamiento de los programas de clemencia, a fin de establecer su necesidad. Como se verá a continuación, esta

²⁸ GÁRATE, op. cit., p. 244.

evidencia es clara al indicar la necesidad y conveniencia de contar con un programa de amnistía en sede antimonopólica.

1.5 Necesidad de un sistema de delación compensada en libre competencia.

Si bien se discute cuál es el bien jurídico protegido libre competencia, no es controvertido que la promoción y defensa de la competencia en los mercados es tarea de nuestra institucionalidad, y que de ésta resultan beneficios al país que son propios de un mercado en buen funcionamiento conforme a la literatura económica, cuales son la reducción de los precios para los consumidores, la innovación tecnológica, y la producción cada vez más eficiente de bienes y servicios, entre otros.

Un sistema de delación compensada en esta sede es necesario en la medida que fortalece considerablemente la institucionalidad antimonopólica, jugando un rol crucial en la prevención y persecución de los carteles y, por esta vía, tendiendo a mejorar e incrementar la competencia en los mercados.

Lo anterior, sin embargo, no puede darse por sentado: es menester ofrecer la evidencia necesaria para afirmarlo, y se dispone de evidencia tanto experimental como empírica.

En cuanto a la evidencia experimental, el trabajo de DIJKSTRA, HAAN y SCHOONBEEK²⁹ diseñó un juego en el cual los participantes tenían la posibilidad de competir o coordinarse, así como de reportar la conducta a una autoridad hipotética, todo esto con la posibilidad de comunicarse libremente entre sí. Los participantes podían optar a una reducción sustancial de la multa si reportaban el cartel una vez iniciada la investigación. Estos autores concluyen que un programa de delación compensada “reduce la incidencia de los carteles, y reduce su tasa de supervivencia. Reduce los precios en promedio, principalmente porque los precios en períodos no colusorios son más bajos. Estos efectos, sin embargo, desaparecen en el tiempo (...)”³⁰ debido a que en un escenario donde pueden comunicarse libremente, los participantes podrían perfeccionar sus estrategias para coludirse tácitamente. El experimento también concluye que un número pequeño de investigaciones profundas

²⁹ DIJKSTRA, Peter; HAAN, Marco y SCHOONBEEK, Lambert, “Leniency programs and the Design of Antitrust: Experimental Evidence with Rich Communication”, University of Groningen, 2014.

³⁰ DIJKSTRA, Peter; HAAN, Marco y SCHOONBEEK, Lambert, “Leniency programs and the Design of Antitrust: Experimental Evidence with Rich Communication”, University of Groningen, 2014. p. 33.

produce mejores resultados que un alto número de investigaciones superficiales³¹.

La evidencia empírica, por su parte, se presenta en dos aspectos: en cuanto al incremento en la detección y condena de carteles y, más importante aún, según ya se dijo, en cuanto a la disuasión en la formación de estos mismos.

En primer lugar, en cuanto a la detección de los carteles, la experiencia comparada demuestra que un buen programa de amnistía incrementa las condenas. Conforme lo hacía notar GONZÁLEZ hace no mucho tiempo “En términos de multas, los montos totales pagados por las firmas subieron de 23 millones de dólares en 1993 a 1.100 millones de dólares en 1999. Es importante notar que esta última cifra es mayor que todas las multas acumuladas en más de un siglo de aplicación de las leyes antimonopolios en Estados Unidos. En la Unión Europea, el número de carteles sancionados ha aumentado de 1 por año- en el período 1989-1997 a cinco por año en el período 1998 -2005”³².

Sin embargo, más carteles condenados no demuestran por sí mismos que la delación compensada disminuye la colusión. La mera correlación

³¹ *Ibidem.* p. 34.

³² GONZÁLEZ, Aldo, 2007 *op. cit.* p. 2

entre el aumento de las condenas y las multas puede significar simplemente que mejora la detección, pero que existe el mismo número de carteles; o, peor aún, que la introducción de este sistema incentiva la colusión. Y es que lo que se necesita medir es qué sucede con los carteles no detectados, o las tentativas de colusión que se verían frustradas por la existencia de un programa de amnistía.

Como puede pensarse, la medición de lo anterior no resulta nada sencilla. Y esto, pues estos acuerdos, al ser contrarios a derecho, tienen el carácter de secretos. Su efectividad, esto es, la forma en que los miembros de un acuerdo colusorio hacen efectivo el cumplimiento de este, no puede hacerse por mecanismos legales en el orden del cumplimiento contractual, sino que se hacen sigilosa y subrepticamente, por lo que obviamente no existen datos formales u oficiales para su estudio.

No obstante, no debe perderse de vista que el objetivo principal de la institucionalidad antimonopólica es velar por la competencia en los mercados. Y la colusión es la conducta que, por excelencia, sustrae a los agentes de la competencia privando al resto de la sociedad de sus beneficios. Por lo tanto, una forma indirecta pero muy pertinente de medir la efectividad de un programa de delación compensada en cuanto a la disuasión de llegar a acuerdos anticompetitivos y a la desestabilización de

los carteles es establecer si luego de la introducción de un programa de amnistía aumenta efectivamente la competencia.

Esto es precisamente lo que hace KLEIN³³. Utilizando estadísticas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, KLEIN se vale de la unidad “precio del costo marginal” para medir la intensidad de la competencia en 23 países, durante un período de 20 años. Sus conclusiones son decidoras: la intensidad de la competencia aumenta con la introducción de los programas de clemencia. El carácter causal de esta correlación se acredita mediante regresiones numéricas. De manera tal que podemos decir que los programas de clemencia son efectivas en la disuasión y desestabilización de carteles, logrando el aumento de la intensidad de la competencia en los mercados.

Respecto del impacto de un programa de delación compensada en la vida o duración de los carteles, se presentan las mismas dificultades de investigación que se mencionan en los párrafos anteriores. Al respecto, CONNOR et. al. Consignan que la duración promedio de una colusión es de unos 57 meses³⁴. La evidencia disponible muestra que, en general, los programas de clemencia tienden a reducir efectivamente la duración de los

³³ KLEIN, Gordon, “Cartel Destabilization and Leniency Programs – Empirical Evidence”, Working Paper, Centre for European Economic Research. [s.a.]

³⁴ CONNOR et. al., op. cit. p. 200.

carteles. Así, ZHOU establece como principal hallazgo al estudiar el particular que “la duración media de los carteles descubiertos se incrementa marcada y significativamente en el corto plazo una vez se modificó el programa de delación compensada [de la Unión Europea]. En el largo plazo, la duración media se reajusta por debajo de los niveles de corto plazo. Estos resultados sugieren que el nuevo programa de la Comunidad Europea puede tener los impactos deseados y otorgar credibilidad al nuevo programa”³⁵. MOTCHENKOVA, por su parte, cuenta en sus hallazgos que “en el caso que las multas sean proporcionales a las ganancias ilegales acumuladas de la fijación de precios el resultado es como sigue: bajo un estricto cumplimiento de la legislación antimonopólica, la posibilidad de auto-reportarse y quedar exento de la multa incrementa los incentivos de las firmas para detener la formación de carteles y, en consecuencia, reduce la duración de los carteles. De cualquier manera, cuando las penas y la medida en que se hace cumplir la ley es baja, la introducción de programas de clemencia puede, por el contrario, facilitar la colusión”³⁶. En una línea muy similar, HARRINGTON y CHANG establecen en sus conclusiones que “un programa de clemencia puede reducir la duración promedio de los carteles o eliminar carteles del todo en industrias con carteles relativamente

³⁵ Zhou, J., “Evaluating Leniency with Missing Information on Undetected Cartels: Exploring Time Varying Policy Impacts on Cartel Duration. 2013. [en línea]:<http://ssrn.com/abstract=1798424>

³⁶ MOTCHENKOVA, Evguenia, “The effects of leniency programs on the behaviour of the firms participating in cartel agreements” , Tilburg University, Holanda. [s.a.] p. 22.

inestables y, al mismo tiempo, incrementar la duración promedio de las colusiones en industrias con carteles relativamente estables”³⁷. La forma de evitar este impacto adverso en la duración de los carteles es, según los mismos autores, “introducir un programa de delación compensada en un ambiente en que las penas son bajas y los casos de clemencia copan recursos comparables a aquellos que no la tienen, es predecible que resulten en más carteles. Asegurar que un programa de amnistía tenga el efecto deseado de reducir la frecuencia de los carteles requiere entonces un establecimiento adecuado de instrumentos complementarios. Específicamente, las penas no debiesen ser débiles y el procedimiento debiera ser diseñado para manejar las postulaciones de clemencia de manera expedita en orden a reducir el monto de los recursos utilizados”³⁸. Esto último no sólo cobra importancia en cuanto a la efectividad de los programas de delación compensada para reducir los carteles sino que, como se verá, de características adyacentes a estas políticas – tales como las sanciones suficientemente severas – depende en buena medida la total efectividad del programa³⁹.

³⁷ HARRINGTON, Joseph y CHANG, Myong- Hun, “ Endogenous Antitrust Enforcement in the Presence of a Corporate Leniency Program” Working Paper Cleveland State University. 2012. p. 28

³⁸ *Ibidem* p. 29.

³⁹ *Vid.* Capítulo II.

Finalizando este apartado, podemos decir - apoyados en evidencia empírica - que los programas de delación compensada disminuyen el número de carteles en total y aumentan la detección y condena de los que se forman, siendo efectivos en los objetivos de disuasión ex ante, deserción de los miembros, y obtención de pruebas para la persecución de los agentes que se concertan para limitar horizontalmente la competencia.

Habiendo proveído un concepto de delación compensada; una descripción de los objetivos de ésta; una explicación somera de su funcionamiento desde la Teoría de Juegos; y aportando evidencia tanto experimental como empírica acerca de su necesidad y conveniencia, corresponde comenzar a analizar qué elementos son necesarios para el funcionamiento óptimo de un programa de amnistía.

“Do you ever struggle with your need to be a good man? My guess is you struggle with it everyday. What you are crashing into who you are (...) Betrayal is a very intense feeling. One that can only be matched by the maternal instinct of a mother protecting her young. Whatever decisions happen here today, the outcome lands on you”

D.A. Tyne Patterson - Sons of Anarchy.

CAPÍTULO II

EL SISTEMA ÓPTIMO DE DELACIÓN COMPENSADA EN LIBRE COMPETENCIA

2.1 Características de un modelo óptimo de delación compensada.

El objetivo de este capítulo es esbozar un modelo óptimo o ideal de delación compensada, recogiendo cuáles son las principales características que cualquier programa de amnistía debiese tener. Esto permitirá crear una suerte de pauta de evaluación a efectos de analizar críticamente nuestro sistema de delación compensada en el capítulo correspondiente, identificando tanto las características positivas como los puntos débiles que éste ostenta. Con esto en mano estaremos en condiciones de hacer las propuestas de mejora pertinentes.

Se hace presente que la necesidad de un programa óptimo de delación compensada no es casual, pues no da lo mismo qué política se adopte al respecto. En efecto, un programa de clemencia moderado puede tener efectos adversos para la competencia, produciendo resultados diametralmente

contrarios a aquéllos que se busca con la implementación de esta clase de política. Según lo establece SPAGNOLO, acorde con sus propia investigación y la de otros autores, un programa de clemencia “moderado” puede llevar a su aprovechamiento estratégico, utilizando esta política pública como mecanismo de monitoreo; reforzar los carteles que no es capaz de desestabilizar; y prestarse para su aprovechamiento estratégico, como sería si un cartel estableciese turnos en los cuales cada miembro va denunciando por períodos y obteniendo el “ahorro” que representaría la exención de la multa, continuando con la actividad colusoria⁴⁰.

Para esto, utilizamos lo informado por Scott HAMMOND, quien trabajó en el la División Antimonopolios del Departamento de Justicia de Estados Unidos durante veinticinco años, llegando a liderar el área de cumplimiento de la institución en esta materia⁴¹.

⁴⁰ Vid . SPAGNOLO, Giancarlo, “Divide Et Impera” 2005.

⁴¹ El cargo lleva el nombre en inglés de Deputy Assistant Attorney General. GIBSON DUNN PRESS RELEASE, “Former DOJ Antitrust Division Enforcement Leader Scott Hammond Joins Gibson Dunn in Washington, D.C.”. 6 de noviembre de 2013. [En línea]: <http://www.gibsondunn.com/news/Pages/FormerDOJAntitrustDivisionEnforcementLeaderScottHammond.aspx>

2.2 Piedras Angulares para el funcionamiento óptimo de un Programa de Delación Compensada.

De acuerdo con HAMMOND, existen tres pre-requisitos que se constituyen como “piedras angulares” para establecer un programa efectivo de delación compensada. Estos son, a saber: severidad en las sanciones; alto temor de los agentes de ser detectados; y transparencia en el cumplimiento de las normas anti-carteles⁴².

Debe hacerse presente que HAMMOND se sitúa en un escenario tal donde el programa entrega total inmunidad al primer delator, y sólo a éste. Esto, pues en el caso de los Estados Unidos de América, quienes no sean primeros delatores pueden negociar reducciones mediante los *plea bargains*, no incluyéndose en el programa, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país o en la Unión Europea⁴³.

2.3 Severidad en las Sanciones.

Las sanciones deben ser severas en tanto deben ser disuasivas. Esto aplica tanto para jurisdicciones en las cuales la colusión es una infracción

⁴² HAMMOND, Scott, “Cornerstones of an effective Leniency Program”, ICN, 2004.

⁴³ *Ibíd.* p. 5-6

administrativa o civil como para aquéllas en las cuales configura un ilícito penal. En cualquiera de los casos, las empresas no deben contemplar la sanción como un costo más a la hora de hacer negocios sino efectivamente como un castigo que desincentive el participar en acuerdos colusorios. En este sentido, el establecimiento de multas debe tener lo dicho anteriormente como axioma⁴⁴.

Es discutido entre los autores el nivel óptimo que deben alcanzar esas sanciones y su naturaleza para tener un efecto disuasivo. Se discute si debe sancionarse a los ejecutivos, a la empresa o a ambos. No es pacífico tampoco, en cuanto a la sanción a los individuos, si debiese o no existir penas privativas de libertad para los empleados de una compañía participante en un cartel.

CONNOR y LANDE establecen que deben existir sanciones tanto corporativas como individuales. Esto, ya que “si las violaciones [a la libre competencia] sólo estuviesen sujetas a penas corporativas, los individuos podrían verse indebidamente tentados a formar carteles porque el éxito los beneficiaría tremendamente y, como ha sido sugerido por anécdotas y cierta investigación, con frecuencia no enfrentan sanciones internas significativas por su comportamiento ilegal, y bien pueden ser recompensados por su sufrimiento en prisión. Por otra parte, si sólo existiesen sanciones individuales, podría estar en interés de algunas corporaciones el establecimiento de incentivos internos

⁴⁴ Ibídem p. 8.

que no lograsen disuadir, recompensasen, o incluso coaccionaran a sus empleados a involucrarse en comportamiento ilícito”⁴⁵.

Utilizando un criterio conservador en todas sus estimaciones, los autores mencionados en el párrafo anterior recogen la siguiente fórmula para calcular las sanciones que deben recibir las firmas que se coludan (y sus ejecutivos). “Las sanciones para los carteles deberían ser iguales al “daño neto causado a otros ÷ (la probabilidad de detección x la probabilidad de condena)”⁴⁶. En esto se incluyen no sólo el daño que constituyen las sobrecargas en los precios, sino que se incorporan (multiplicándose por un factor seleccionado de la revisión de varios estudios) las ineficiencias producto de la mala asignación de los recursos⁴⁷. Bajo este esquema, analizan 75 condenas a carteles en Estados Unidos, concluyendo que en esa jurisdicción las sanciones, en total⁴⁸, debieran a lo menos multiplicarse por cinco⁴⁹.

2.3.1 Nivel óptimo de Multas.

Determinar el nivel óptimo de multas ha sido objeto de estudio por la literatura económica. A modo ilustrativo, según consigna KING, “utilizando una tasa de detección de 1 en 6, en conjunto con un *mark up* (conservador, como

⁴⁵ CONNOR, John y LANDE, Robert, “Optimal Cartel Deterrence: An Empirical Comparison of Sanctions to Overcharges”. Selected Works of Robert H. Lande, 2011. P. 19-20.

⁴⁶ *Ibídem* p. 42.

⁴⁷ *Ibídem* p. 20

⁴⁸ Los autores toman en cuenta las multas a individuos y asignan un valor monetario al arresto domiciliario y a la prisión, e incorporan la demanda por daños en el monto.

⁴⁹ *Ibídem* p. 51

hemos visto) de 10 por ciento y una duración de 5 años, (...) la multa óptima era de 150 por ciento del retorno anual de los productos afectados”.⁵⁰

AGOSTINI reconoce el criterio que impera en Estados Unidos para calcular la magnitud de las sanciones como uno válido. Según este autor, “En el caso simple en que una demanda es lineal, (...) la pérdida en eficiencia asignativa equivale a la mitad del exceso de utilidades monopólicas, por lo que correspondería multiplicar los daños por 1,5. Por ello es que un factor de 1,5 es considerado como el mínimo para la multiplicación de daños (...) Adicionalmente, se debe contemplar la probabilidad de detectar y declarar culpable a quien viola la libre competencia. Si esa probabilidad es de 50%, se debe multiplicar los daños por 2, lo que lleva a un factor final de 3 que es el que se usa en Estados Unidos. Obviamente, es imposible determinar si el óptimo es 3, 5, 7 o 15. Sin embargo, está claro que es un número mayor que uno y que al menos debería ser 1,5.”⁵¹

HAMMOND identifica el modelo de la Unión Europea como un ejemplo a seguir para el caso que no se cuente con penas de cárcel y se disponga exclusivamente de multas para sancionar a los carteles. Al estar siguiendo a este autor en su enumeración de elementos indispensables para un buen

⁵⁰ KING, David, op. cit., p. 22.

⁵¹ AGOSTINI, Claudio, “Institucionalidad e Incentivos para la Libre Competencia”. Revista En Foco [s.a.]

programa de amnistía, vale la pena detenerse en una exposición somera de este modelo para la imposición de multas.

La Comisión Europea fijó en una comunicación sus Directrices para el cálculo de las multas⁵². Estas consisten en pautas para orientar a los miembros de la Comisión al momento de calcular las multas, mas hacen presente que “no debería entenderse como base de un método de cálculo automático y aritmético”⁵³.

El método se basa en dos pasos. En primer lugar, se fija un importe base, y a continuación este se modifica, incrementándose en caso de concurrir circunstancias agravantes o existir necesidad de obtener un efecto disuasivo; y reduciéndose si concurren circunstancias atenuantes o, excepcionalmente, en atención a la capacidad contributiva de la empresa sancionada. Todo esto, por supuesto, sin perjuicio de las normas sobre el programa de clemencia.

Como se dijo, la primera etapa es el establecimiento de un importe base. Este se calcula utilizando “ el valor de las ventas de los bienes o servicios, realizados por la empresa, en relación directa o indirecta, en el sector

⁵² Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003

⁵³ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003 (2006) p. 1.

geográfico correspondiente del Espacio Económico Europeo”⁵⁴, según los criterios que entregan las mismas Directrices. El importe base se determina en vinculación a este valor de las ventas, “determinada en función del grado de gravedad de la infracción, multiplicada por el número de años de la infracción”⁵⁵. La proporción puede llegar hasta un treinta por ciento. Los carteles, por su gravedad, se encuentran entre las infracciones sancionadas en la región más alta, por así decirlo, de esta proporción.

Una vez que se determina este monto, se hacen los ajustes pertinentes. A modo de ejemplo, podemos decir que la circunstancia agravante de reincidencia o persistencia en una conducta puede conllevar hasta un incremento de un cien por ciento del importe base por infracción probada. En la misma línea, la comisión está facultada para “aumentar la multa impuesta a aquellas empresas que tengan un volumen de negocios particularmente importante mas allá de las ventas de bienes y servicios a que se refiere la infracción”⁵⁶, facultad que se entrega específicamente con el fin de que la sanción tenga un efecto disuasivo. En el mismo apartado las Directrices establecen que la Comisión tendrá en cuenta la necesidad de “incrementar la sanción para superar el importe de las ganancias ilícitas obtenidas gracias a la

⁵⁴ Ibídem p. 2.

⁵⁵ Ibídem p. 3.

⁵⁶ Directrices (...) op. cit., p. 4

infracción, cuando sea posible proceder a este cálculo⁵⁷. En cualquier caso, la imposición de estas sanciones tiene un límite, dado por "el 10 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior"⁵⁸, conforme a las regulaciones de la Comunidad Europea.

Quizá la razón por la cual HAMMOND reconoce un buen modelo de multas en el europeo es porque el principio rector que atraviesa e informa estas directrices es la disuasión, coincidiendo entonces plenamente con esta primera piedra angular.

2.3.2 Penas privativas de libertad

De todas maneras, el mismo autor hace presente que las sanciones no serán tan severas – y, por tanto, el programa de clemencia nunca será tan efectivo – si es que no se cuenta con sanciones de cárcel para la colusión. Para esto, ofrece su experiencia como evidencia empírica. Cuenta en su presentación el caso de carteles internacionales que dejaban a los Estados Unidos fuera de su acuerdo colusorio⁵⁹. Conforme a su relato, esto dejaba constancia de el poder disuasivo de tener la colusión tipificada como un ilícito penal.

⁵⁷ Directrices (...) op. cit. p. 4

⁵⁸ Directrices (...) op cit., p. 4.

⁵⁹ HAMMOND, op. cit., p. 10. [Traducción Propia]

“Ciertamente en algunos casos, el mercado norteamericano era el más grande y potencialmente el más rentable, pero la conducta colusoria aún así cesaba en la frontera. ¿Por qué? La respuesta, de la boca de los miembros del cartel y verificado por nuestros investigadores, es que los ejecutivos no querían arriesgarse a ser descubiertos y terminar en la cárcel en los Estados Unidos (...)

De cualquier modo, en los caso a los que me estoy refiriendo, los miembros de la colusión sopesaban los riesgos de quebrantar leyes alrededor del mundo y decidieron que los Estados Unidos de América era un país donde no estaban dispuestos a pasarse de la raya. ¡Simplemente no estaban dispuestos a ir a la cárcel!”

Esta opinión coincide con la expresada por una abogada brasilera especialista en la materia: “La amenaza criminal de encarcelamiento representa la amenaza más efectiva a los acuerdos colusorios y es probablemente el factor clave ponderado por directores al decidir si postulan a un acuerdo de clemencia. Las multas pueden ser trasladadas a los precios y a los consumidores, mientras que el costo de la prisión debe ser soportado solamente por los conspiradores”⁶⁰.

A favor de la privación de libertad como la sanción disuasiva y severa por

⁶⁰ FRANCO, Adriana G., “Leniency in South America: Making Brazilians Blow the Whistle”. Boletín Latinoamericano de Competencia, Febrero 2006, p. 30-31.

excelencia, existe otro hecho: lo que un ejecutivo de una empresa está dispuesto a pagar por defensa judicial en sede penal, cuando es su libertad personal lo que está en juego, no tiene límite. En este sentido, afirma un artículo de prensa del medio electrónico “El Mostrador Mercados” que “La libertad para un formalizado no tiene precio (...) En materia penal los costos se elevan exponencialmente. La libertad es un bien incalculable”⁶¹

POSNER considera, por el contrario, que el óptimo es multar a los individuos y no encarcelarlos, estimando la posibilidad de una equivalencia entre las penas de cárcel y las multas, y teniendo en cuenta que la multa no representa ningún costo para la sociedad. Sin embargo, reconoce que para evitar que personas con mayor poder adquisitivo no se vean menos desincentivadas a cometer el ilícito que el resto de la sociedad, “las multas debiesen ser sustituidas por sentencias de prisión cuando la multa óptima pueda ser pagada por el infractor”⁶².

⁶¹ PÉREZ V., Ximena, “Cuánto le cuesta a las Empresas y Empresarios defenderse en Chile”. 7 de Junio de 2014. El Mostrador Mercados. [en línea]

<http://www.elmostradormercados.cl/destacados/cuanto-le-cuesta-a-las-grandes-empresas-y-empresarios-defenderse-en-chile/>

⁶² POSNER, Richard, “Optimal Sentences for White-Collar Criminals”, University of Chicago Law School, 1980. p. 417

2.4 Temor de Detección.

Sostiene HAMMOND que si las firmas perciben el riesgo de ser descubiertas por las autoridades antimonopólicas como muy pequeño, entonces las más estrictas máximas sanciones no serán suficientes para disuadir la actividad colusoria. De la misma manera, si los miembros del cartel no temen la detección, no se sentirán incentivados a reportar su actividad perniciosa a la autoridad a cambio de amnistía⁶³.

En este sentido, el “delito de cuello y corbata” debe ser tratado de la misma manera que el delito en las calles⁶⁴. En consecuencia, cualquier medida que incremente las probabilidades de detección de carteles debe ser adoptada en orden a proveer un ambiente propicio para el funcionamiento de un sistema de delación compensada. Ejemplo de esto son las facultades intrusivas con las que cuenta la Fiscalía Nacional Económica, conforme lo establecido en el artículo 39 Ñ del Decreto Ley 211⁶⁵.

Esta piedra angular es crucial para producir el efecto “*Race to the Courthouse*” o “Carrera al Tribunal”, el que consiste en que existiendo la

⁶³ HAMMOND, op. cit., p. 9. “”. [Traducción Propia]

⁶⁴ HAMMOND, op. cit. p. 9 [Traducción Propia]

⁶⁵ CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2009. Ley Nº 20.361: Modifica el Decreto con Fuerza de Ley Nº 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que . de 2005, sobre Tribunal de Defensa de Libre Competencia. Julio 2009.

posibilidad de que uno de los agentes coludidos obtenga inmunidad entregando la información y prueba suficiente para que el resto de los participantes del cartel sean duramente sancionados, cada uno de los agentes procurará ser el primero en reportar para obtener la inmunidad y así escapar de las sanciones, produciéndose así una “carrera”. En palabras de HAMMOND, “Mientras más ansiosa esté una compañía por causa de que su participación en un cartel sea descubierta por el gobierno, más propensa será a reportar su conducta a cambio de amnistía. Si los miembros del cartel perciben un riesgo genuino de detección, entonces un programa de amnistía puede trabajar sobre ese miedo y crear pánico y desconfianza entre los miembros del cartel. Los agentes ya no pueden permitirse confiar entre sí. Las recompensas por auto-denunciarse son muy altas a la vez que las consecuencias de ser descubiertos son demasiado severas. La dinámica literalmente crea una carrera para ser el primero en las oficinas de la autoridad”⁶⁶.

2.4.1 Programa Individual de Delación Compensada

HAMMOND⁶⁷ hace notar asimismo que este efecto puede producirse no sólo entre compañías cartelizadas, sino también entre una compañía infractora y sus ejecutivos, siempre que exista cárcel para los ejecutivos que se coludan.

⁶⁶ HAMMOND, op. cit., p. 10. [Traducción Propia]

⁶⁷ *Ibíd.*

Un programa que provea inmunidad a un ejecutivo que delate en tanto persona natural, reservando la protección sólo para éste y dejando a la compañía y al resto de los ejecutivos expuestos a la sanción tanto como los otros miembros del cartel pone a la compañía en conflicto con sus propios ejecutivos, de la siguiente manera: existiendo riesgo de detección y posterior condena de un ejecutivo a una pena privativa de libertad, con la posibilidad de obtener inmunidad por entregar a su compañía y al resto de los participantes de la colusión, incentivará al ejecutivo a delatar, por lo ya establecido anteriormente. Sabiendo esto, la compañía entenderá que si no delata ella en tanto corporación, obteniendo inmunidad para todos los ejecutivos, será delatada por uno de ellos, enfrentando consecuencias mucho peores. Así es como se crea también el efecto “Carrera al Tribunal” dentro de una misma compañía. De esta forma, para el caso de los Estados Unidos, donde existen programas diferenciados para Corporaciones y Personas Naturales, “el real valor y medida del programa Individual de Clemencia no está en el número de postulaciones individuales que recibimos, sino en el número de postulaciones corporativas que genera”⁶⁸.

A mayor abundamiento, AUBERT, REY y KOVACIC han estudiado los efectos que tienen los programas individuales, específicamente en el caso de

⁶⁸ HAMMOND, Scott, “Cornerstones of an effective Leniency Program”, ICN, 2004. P. 11. “The real value and measure of the Individual Leniency Program is not in the number of individual applications we receive, but in the number of corporate applications it generates.” [Traducción Propia]

recompensas que pueden ofrecerse a estos individuos. Entre sus conclusiones, se encuentra el hecho de que estos programas pueden crear o exacerbar problemas de agencia al interior de la compañía, que incrementan el costo de la colusión y pueden ser aprovechadas para incrementar la probabilidad de detección por parte de la autoridad. Estos autores además intentan explicar el hecho que tanto compañías como individuos conservan evidencia dura, lo que a su turno aumenta la probabilidad de detección y condena.⁶⁹

2.4.2 Características especiales de un programa individual

Como se esbozó al momento de analizar el temor de detección como piedra angular de un programa de amnistía, vale la pena detenerse en la posibilidad del trato diferenciado a un delator individual respecto del trato que se le da a una compañía infractora.

Este trabajo sostendrá que es óptimo el contar con un programa individual de delación compensada, además de uno corporativo (dirigido a los agentes colectivos que son las empresas). Existen trabajos consultados para la elaboración de esta Memoria⁷⁰ que modelan un programa individual, que

⁶⁹ AUBERT, Cécile, REY, Patrick y William E., KOVACIC, The impact of whistle-blowing and leniency programs on cartels, Elsevier - International Journal of Industrial Organization, 2006. P. 24

⁷⁰ Vid. CALLAHAN, Elletta S. And DWORKIN, Terry M., "Do Good and Get Rich: Financial

consiste no solamente en conceder inmunidad a los delatores, sino en entregarles un premio o recompensa por delatar. Esto incluye, por supuesto, debidas medidas de protección para estos delatores, evitando o mitigando las represalias que pudieren sufrir.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que un programa individual puede existir en la medida que existan fuertes sanciones individuales, siendo la pena privativa de libertad la sanción más paradigmática en este caso. Lo anterior ya fue revisado a propósito de la severidad en las sanciones como piedra angular de un programa de amnistía según HAMMOND⁷¹.

En segundo lugar, este tipo de programa contribuye enormemente al efecto desestabilizador de los carteles que un sistema de delación compensada persigue provocar. Esto, pues la posibilidad de que uno sólo de los ejecutivos de cualquier empresa coludida delate, dejando a todo el resto de los agentes – empresas y sus ejecutivos – expuestos a una sanción, hace que las confianzas necesarias para cartelizarse se vuelvan evidentemente más frágiles. En la misma línea, el efecto “Carrera al Tribunal” identificado por HAMMOND puede así darse entre la empresa y sus ejecutivos, haciendo más proclive a las

Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act”, 37 Villanova Law Review 273. 1992. y AUBERT, Cécile, REY, Patrick y William E., KOVACIC, The impact of whistle-blowing and leniency programs on cartels, Elsevier - International Journal of Industrial Organization, 2006.

⁷¹ HAMMOND, op. cit.

empresas a delatar para obtener inmunidad para ellas mismas y la totalidad de los ejecutivos, reconduciendo a la inestabilidad del acuerdo de la que aquí se trata.

En un tercer punto, un programa de delación individual, especialmente si incluye la entrega de recompensas, aumenta los costos para una empresa de ingresar y mantenerse en un cartel, logrando con esto un importante efecto disuasivo. Así lo han concluido AUBERT, REY y KOVACIC: la entrega de recompensas individuales por delatar lleva a las compañías a adoptar estructuras más rígidas, lo que hace la colusión de por sí menos atractiva; incrementa los costos de ingresar a un cartel al tener que compensar a los empleados con prestaciones de una cuantía a lo menos equivalente a las recompensas, para evitar la delación individual⁷².

2.4.3 Obtención de Recompensas y Protección al Delator Individual

Los mismos autores han concluido que los efectos adversos para la eficiencia que se temen del establecimiento de recompensas para individuos no se dan en la práctica. Los programas de recompensas pueden ser adaptados para no afectar la cooperación deseable, esta es, aquella que consiste en intercambios de información que llevan a la eficiencia y que no constituyen una

⁷² AUBERT, Cécile, REY, Patrick y KOVACIC, William E., op cit. p. 25.

práctica anticompetitiva; y el hecho que deban adoptar estructuras más rígidas o comportamientos inocentes (en apariencia al menos) deviene en una externalidad positiva de esta política⁷³.

La entrega de recompensas se fundamenta además en el hecho que a un delator individual no le bastará la expectativa de librarse de las sanciones, pues está expuesto a las “sanciones privadas” que constituirían potenciales represalias y otras consecuencias que sufrirá por entregar a su compañía. Según lo explican CALLAHAN y DWORKIN, los *whistleblowers* (delatores o informantes) “pueden incurrir en substanciales penalizaciones personales y profesionales por entregar información de infracciones de una organización. Pueden sufrir consecuencias relacionadas con su trabajo, incluyendo la desvinculación, la no obtención de ascensos, *blackballing*⁷⁴, y ostracismo social; así como también problemas de salud y de carácter familiar causados por el estrés proveniente de estas varias formas de represalia. Además, para retirar la recompensa, deben sufrir las molestias y el trauma emocional de un proceso judicial. La naturaleza sustancial de estas potenciales penalidades requiere una

⁷³ AUBERT, Cécile; REY, Patrick y KOVACIC, William E., op cit. pp. 14 – 20.

⁷⁴ “Blackballing” puede traducirse como “votar en contra” o “excluir socialmente”. Es una expresión transformada en verbo que viene de la práctica de clubes y cofradías, y que consiste en votar la exclusión de un miembro o denegar su ingreso a la organización o a cualquier círculo. Lo anterior era simbolizado con una bola negra – de ahí su origen etimológico - para expresar el voto negativo, de igual manera que se expresa el voto reprobatorio de un profesor en un examen tradicional de Derecho en Chile.

recompensa considerable en orden a incentivar el comportamiento deseado”.⁷⁵

Lo establecido en el párrafo anterior da pie además para pensar en otro aspecto de un programa individual de delación compensada: la protección al delator. Dado que está expuesto a represalias como las ejemplificadas anteriormente, un ejecutivo que vaya a entregar información que condene tanto a su compañía como a sus compañeros de trabajo (y al resto de las compañías coludidas con sus ejecutivos) necesita de grandes incentivos para colaborar con la autoridad. En este sentido, la recompensa nos parece un incentivo indispensable, pero no suficiente. Es necesario que un ejecutivo pueda sentirse tranquilo y protegido a la hora de delatar, o preferirá guardar silencio y esperar no ser descubierto.

Ha de notarse, no obstante, que lo que aquí se propone es la recompensa a delatores individuales, como parte de un programa de delación compensada para personas naturales. Vale decir, se ofrece a ejecutivos de las empresas el librarles de sanciones individuales a la vez que se les otorga una recompensa si es que delatan la existencia de un acuerdo colusorio. No se está proponiendo una política de recompensa a informantes que no participen en la conducta, como ocurre con los programas de recompensas existentes en el

⁷⁵ CALLAHAN, DWORKIN, op. cit. p. 314. [Traducción Propia]

Reino Unido, Corea del Sur o Hungría, por no existir evidencia suficiente de sus efectos aún⁷⁶. Además, escaparía al objeto de este trabajo al tratarse de un tema distinto – aunque muy relacionado – al funcionamiento óptimo de un sistema de delación compensada.

En resumidas cuentas, se sostiene en este trabajo que un programa de delación compensada óptimo incluye un programa individual así como también penas individuales, de manera tal que un ejecutivo pueda esperar sanciones duras para sí en caso de ser descubierto como parte de un cartel; que pueda obtener inmunidad de estas sanciones, si delata el cartel en el que participa; que obtenga una recompensa por esta delación, por las razones ya explicadas; y que pueda optar a protección por parte de la autoridad para evitar las represalias.

2.5 Transparencia en el Cumplimiento de las Normas.

Al decir de HAMMOND, “la cooperación de los infractores, a su turno, ha dependido de nuestra prestancia para proveer transparencia a lo largo del cumplimiento de nuestro programa anti-carteles, de manera tal que una

⁷⁶ Vid. SULLIVAN, Kevin; BALL, Kate; y KLEBOLT, Sarah, “The potential impact of adding a Whistleblower Rewards Provision to ACPERA”. The Antitrust Source, 2011. [en línea]: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/oct11_sullivan_10_24f.authcheckdam.pdf

compañía pueda predecir, con un alto grado de certeza, cómo será tratada si reporta la conducta y cuáles serán las consecuencias si no lo hace”⁷⁷.

2.5.1 Características de la Transparencia en el cumplimiento de las Normas sobre Delación Compensada.

La transparencia debe, en este respecto, también entenderse como predictibilidad y reducción de la discrecionalidad. Según lo explica NEYRINCK, “si el propósito de un programa de clemencia es entregar los incentivos suficientes para convencer a los cartelistas de abandonar el acuerdo colusivo porque racionalmente tienen más interés en proceder así, los redactores del programa deben asegurarse que las diferentes soluciones del juego sean bien conocidas (...) Nos parece que, en orden a alcanzar el paradigma económico lo más posible, las políticas de delación compensada deben ser diseñadas para proveer predictibilidad a los postulantes”⁷⁸.

SPAGNOLO, por su parte, enumera tres características que distinguen un programa de delación compensada en libre competencia, haciéndolo diferente y

⁷⁷ HAMMOND, op. cit., p. 19. [Traducción Propia]

⁷⁸ NEYRINCK, Norman, “Granting Incentives, Deterring Collusion: The Leniency Policy”. Working Paper, Institut d’Etuds Juridiques Europeennes, N° 2. Liege, 2009. P. 10.

novedoso respecto de su uso – ciertamente más antiguo, a nivel comparado – en otras áreas. Estas tres consisten en que los programas de clemencia en esta sede son ex ante, generales y públicos⁷⁹.

Ex ante, “porque – en sus primeras y más innovadoras partes – están dirigidos a malhechores que no han sido identificados o detectados, incentivando a estos a auto-denunciarse”⁸⁰; General, pues “toman la forma de políticas codificadas, automáticas (de ahí predecibles) y anunciadas públicamente”⁸¹. Y públicos, toda vez que son (y deben ser) difundidos ampliamente en círculos empresariales. La codificación de estos programas sirve tanto a la generalidad y publicidad de estos programas, pues reducen la impredecibilidad y la discrecionalidad, que desincentivan fuertemente la auto-denuncia.”⁸²

En definitiva, esta tercera piedra angular debe atravesar la institucionalidad completa de libre competencia y muy especialmente un programa de amnistía, toda vez que sólo así se pueden establecer los “juegos” de los que se habla en el primer capítulo. Existiendo incertidumbre, la estrategia dominante jamás consistirá en un apego estricto a las normas, pues los agentes

⁷⁹ SPAGNOLO, Giancarlo, “Leniency and Whistleblowers in Antitrust” en BUCCIROSSI, Paolo, “Handbook of Antitrust Economics”, MIT Press, 2008. P. 262.

⁸⁰ Ibídem.

⁸¹ Ibídem.

⁸² SPAGNOLO, op. cit., p. 263.

no podrán predecir las consecuencias de sus actos ni la reacción de la autoridad, sea esta generosa en caso de delación o castigadora en caso de persecución y condena. De no existir certeza y predictibilidad en el cumplimiento de estas políticas públicas, estas se vuelven letra muerta.

2.5.2 Orden de llegada: inmunidad y reducciones.

El grado de clemencia que debe concederse a los delatores de acuerdo a su orden de llegada es también un tema discutido, sobre todo a la luz de cuál es el esquema que más incrementa el efecto “Carrera al Tribunal”. CHEN y REY sostienen que el tratamiento clemente debe limitarse sólo al primer agente que se autodenuncia⁸³. SPAGNOLO sostiene la misma opinión⁸⁴, y es parte de los presupuestos utilizados por HAMMOND⁸⁵.

En contraste, FRANCO sostiene que debe concederse algún tipo de reducción para los delatores que no sean los primeros en autodenunciarse. Para esto, cita a LESLIE: “ El problema de una política que conceda amnistía sólo al primer confesor es que la deserción no es una estrategia dominante porque un jugador no siempre está mejor confesando, con independencia de lo que otros miembros del cartel hagan (...) Cada fijador de precios puede estar

⁸³ CHEN y REY, “On the Design of Leniency Programs”, op. cit. p. 25-26.

⁸⁴ SPAGNOLO, “Divide Et Impera...”, op. cit.

⁸⁵ Vid. SUPRA.

pensando: ‘aunque me gustaría confesar primero y tener la oportunidad de la clemencia, no voy a arriesgarme a ser el segundo o tercero y así admitir la culpabilidad sin obtener clemencia. Si alguien más ya confesó, de cualquier forma estoy muerto. Mejor mantener silencio’⁸⁶.

Parece indiscutible, en todo caso, que el primer delator debe obtener un “premio” sustancialmente mayor a los delatores siguientes. Lo que está en discusión es si el segundo o tercer delator debieran tener derecho a algún tipo de reducción. Esto no resulta problemático en países como los Estados Unidos, en los que un segundo delator puede negociar penas menores a cambio de admitir culpabilidad u otras prestaciones en el marco de los *plea bargains*. En estos casos, la obtención de un tratamiento más clemente es posible, pero es discrecional para la autoridad, y no entra en el programa de delación compensada, siendo una instancia genérica en los procesos estadounidenses.

NEYRINCK analiza esto a la luz del caso europeo. El autor identifica dificultades en ambos sentidos, es decir, tanto si se otorga amnistía sólo al primer postulante como si se le puede otorgar un grado de clemencia a los siguientes. Si se toma la primera opción, advierte NEYRINCK, “el peligro es que las empresas puedan no postular al programa de clemencia si saben que aun

⁸⁶FRANCO, Adriana, “ Leniency in South America: Making Brazilians blow the Whistle”. Boletín latinoamericano de competencia, Febrero 2006. P.29. [Traducción Propia].

estará disponible una reducción sustancial en las multas, en la esperanza de que el cartel no colapsará”⁸⁷. Por otra parte, al otorgar clemencia sólo al primer postulante, “las firmas se verán menos inclinadas a reportarse conforme pasa el tiempo, si creen que otro miembro del cartel ya ha postulado primero”⁸⁸. Identifica entonces como una buena solución la de la comisión Europea, conforme la cual se otorga un tratamiento clemente incluso al último postulante, siempre que “provea de evidencia que represente un valor agregado significativo con respecto a la evidencia que ya está en posesión de la Comisión”⁸⁹.

Este trabajo adoptará la primera visión. Esto es, un sistema óptimo de delación compensada entrega inmunidad total al primer delator, y ningún tipo de premio al segundo. Esto parece incentivar más a los agentes a delatar, pues si pueden obtener cierto “premio de consuelo” al no ser los primeros, esto puede incentivarlos a esperar más, sabiendo que de todas maneras obtendrán cierta reducción en sus sanciones. Además, la obtención de información a cambio de reducciones puede obtenerse mediante acuerdos con la autoridad, lo que no sólo es viable existiendo *plea bargains* sino también con los acuerdos extrajudiciales. Muestra de esto es la negociación de uno de los requeridos del

⁸⁷NEYRINCK, op cit. p. 12. [Traducción Libre]

⁸⁸ Ibídem p. 13 [Traducción Libre]

⁸⁹ Ibídem p. 14[Traducción Libre]

llamado “Caso Farmacias”⁹⁰. Debe tenerse en cuenta además que, aunque con limitada efectividad, existiendo la persecución con facultades intrusivas por parte de las autoridades, el riesgo de ser condenados sin que nadie delate también existe, por lo cual hay factores externos que incentivan esta “carrera al tribunal”. A esto se sumaría la posibilidad de delación de todos los agentes del cartel por un empleado de uno de ellos.

En cuanto a la obtención de prueba, la calidad de los antecedentes que se exige y el uso complementario de facultades intrusivas de investigación parece suficiente para obtener la evidencia necesaria para lograr la convicción de un tribunal y en consecuencia la condena de los agentes del cartel, de manera tal que no es necesario a este respecto ofrecer beneficios automáticos a los delatores que se reporten después del primero.

Por lo ya expuesto, este trabajo sostiene que el otorgamiento automático de clemencia debiese restringirse solamente al primer delator.

⁹⁰ Sentencia TDLC N° 119 C-184-08 “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros” (27/1/2012) . En la especie, Farmacias Ahumada y la FNE llegaron a un acuerdo que en la práctica podría describirse como una “delación compensada de facto”, en el cual se les pedía una multa menor a cambio de información sobre el cartel. Si bien se rescata el impulso que este caso dio a la aprobación de las reformas del año 2009 a la institucionalidad antimonopólica (entre las que se cuenta el programa de clemencia chileno), este constituye un antecedente de un acuerdo entre la FNE y un requerido en el que se negocia información y admisión de los hechos a cambio de una reducción en la sanción. Esto es en la práctica análogo a un plea bargain norteamericano. De esta manera, los agentes que no delatan pueden acceder a reducciones a cambio de entregar información, pero fuera del programa de delación compensada, pues no sería necesario incluirlos, y no debieran por tanto “quedarse callados”.

2.5.3 Inmunidad de responsabilidad Civil por daños.

Conforme a los principios de la responsabilidad civil de gran parte de las jurisdicciones del mundo, quien efectúa una conducta imputable a dolo o negligencia, y que con esta causa un daño, debe reparar este daño. Como es lógico, los miembros de un cartel no están exentos de esto. Sin embargo, la posibilidad de ser demandado por daños es también un factor que entrará en el cálculo de el agente que esté pensando en delatar. La existencia o no de una acción en su contra para obtener estos daños, la magnitud de ella y sus posibilidades de éxito causarán incertidumbre a este respecto.

Concordando con IRARRÁZABAL⁹¹ y SPAGNOLO⁹², este trabajo estima que debe eximirse al delator también de su responsabilidad civil, para así otorgar certeza al agente que piensa delatar, y hacer más atractiva la opción de hacerlo, fortaleciendo a la delación como estrategia dominante.

Esto, sin embargo, dejaría privado injustamente a las víctimas de la conducta de una reparación, además de reducir las consecuencias de cometer el ilícito colusorio, mellando la necesaria severidad de las sanciones. Por

⁹¹ CORTÉS, Víctor. Fiscal Felipe Irarrázabal: "La delación compensada es el mecanismo que empíricamente ha logrado desbaratar los carteles" La Tercera, 9 de Noviembre de 2014. [En Línea]: <http://www.latercera.com/noticia/negocios/2014/11/655-603774-9-fiscal-felipe-irrazabal-la-delacion-compensada-es-el-mecanismo-que.shtml>

⁹² SPAGNOLO, "Divide Et Impera..." op. cit.

eficiente que pueda considerarse la medida, cuesta aceptar que las víctimas de un cartel vean mermadas sus posibilidades de demandar una indemnización por el daño que aquél les produjo.

La solución a esto es sencilla: debe obligarse normativamente a los miembros del cartel que no delataron a concurrir al pago del daño que correspondería pagar al delator. Esto es, modificar las normas de responsabilidad civil en este caso particular, de manera tal que los miembros del cartel que no delataron deban concurrir al pago del daño causado por el delator, a prorrata (por ejemplo) de su participación de mercado u otro factor proporcional. De esta manera se deja a salvo el interés de las víctimas, se refuerza la delación como estrategia dominante para un agente coludido, y se incrementa la disuasión volviendo más gravosas las consecuencias de ingresar a un cartel (o no abandonarlo denunciándolo).

2.6 Síntesis de las características de un programa de delación compensada óptimo:

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, podemos resumir las características de un programa óptimo de delación compensada conforme al siguiente esquema:

Figura Nº 3: Esquema de Características de un Modelo Óptimo.

A.- Severidad en las Sanciones.

- i) Las multas deben establecerse buscando tener un efecto disuasivo.
- ii) Debe sancionarse también a los individuos con penas privativas de libertad.

B.- Temor de Detección:

- i) Debe tenderse a incrementar las posibilidades de detección de un cartel para que las sanciones sean realmente efectivas, utilizando por ejemplo mecanismos intrusivos.
- ii) Debe incluirse un programa individual de delación compensada, con posibilidad de recompensar al delator y de otorgarle protección.

C.- Transparencia en el Cumplimiento de las normas.

- i) Debe reducirse la discrecionalidad para otorgar certeza y predictibilidad a los agentes de cuáles serán las consecuencias de sus actos.
- ii) Los beneficios deben alcanzar sólo al primer delator.
- iii) Debe otorgarse inmunidad total al delator, eliminando incluso la responsabilidad civil para éste.

*“Sin pagar ni asumir
Los daños que van a producir
A estafar, a mentir y a cobrar
¡A robar sean todos bienvenidos!*

Horeja – Bienvenidos a Robar.

CAPÍTULO III:

**EL SISTEMA CHILENO DE DELACIÓN COMPENSADA FRENTE AL
SISTEMA ÓPTIMO**

3.1 El sistema chileno de delación compensada.

3.1.1 El programa de delación compensada en la ley.

El programa chileno de delación compensada fue implementado en el año 2009, introduciéndose modificaciones al Decreto Ley N° 211 mediante la promulgación de la Ley N° 20.361. El programa se consagró mediante el artículo 39 bis de aquél cuerpo normativo, que reza:

“El que ejecute una conducta prevista en la letra a) del artículo 3° podrá acceder a una reducción o exención de la multa cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.

Para acceder a uno de estos beneficios, el ejecutor de la conducta deberá cumplir los siguientes requisitos:

- 1.- Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal;
- 2.- Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud, y
- 3.- Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud.

Para acceder a la exención de la multa, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso anterior, el ejecutor de la conducta deberá ser el primero que aporte los antecedentes a la Fiscalía, dentro del grupo de responsables de la conducta imputada.

Para acceder a una reducción de la multa, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso segundo, el ejecutor de la conducta deberá aportar antecedentes adicionales a los presentados por quien primero acompañó antecedentes a la Fiscalía en virtud de este artículo. En todo caso, la rebaja de la multa que solicite el Fiscal en su requerimiento, no podrá ser superior al 50% de la mayor multa solicitada para los demás ejecutores de la conducta que no pueden acogerse a los beneficios de este artículo.

En su requerimiento el Fiscal individualizará a cada ejecutor de la conducta que

cumplió los requisitos para acceder al beneficio de exención o reducción de la multa. Si el Tribunal diere por acreditada la conducta, no podrá aplicar multa a quien haya sido individualizado como acreedor de una exención, como tampoco una multa mayor a la solicitada por el Fiscal a quien

haya sido individualizado como acreedor de una reducción de la misma, salvo que se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella. 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 conforme a lo establecido en el artículo 210 del Código Penal."⁹³

De la lectura de este artículo se desprende que en Chile, el agente que delate su participación en un cartel en primer lugar puede optar a una exención de las multas previstas, mientras que los siguientes pueden optar a una reducción de hasta un 50% de la sanción.

3.1.2 Guías de la Fiscalía Nacional Económica.

Con el fin de otorgar certeza, la Fiscalía Nacional Económica ha

⁹³ CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (1973). Decreto Ley N° 211. Modificado por Ley 20.361.

elaborado y publicado dos guías internas⁹⁴ para la aplicación de este beneficio, donde regula de manera administrativa la forma en que utilizará esta facultad para otorgar el beneficio en comento. La segunda guía, de Noviembre del año 2014, se encuentra en proceso de consulta a la fecha de redacción de este trabajo. En estos documentos, la autoridad explica al público cómo es posible acceder al sistema de delación compensada; cómo se dará cuenta del orden de postulación de los delatores; qué información podrá solicitarse y cómo se considerarán cumplidos los requisitos legales; entre otras materias.

3.1.3 Primera Guía de la Fiscalía Nacional Económica.

En el mes de Octubre del año 2009, la Fiscalía Nacional Económica publicó su “Guía Interna sobre Beneficios de Exención y Reducción de Multa en Casos de Colusión”, con e fin de “establecer los criterios y lineamientos de trabajo interno que utilizará para dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211”⁹⁵. En ella se regula el procedimiento administrativo para dar aplicación a la ley.

⁹⁴ Estas son la Guía Interna sobre Beneficios de Exención y Reducción de Multa en Casos de Colusión (2009) y la Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión. Versión Preliminar para consulta pública (2014).

⁹⁵ CHILE. Fiscalía Nacional Económica, “Guía Interna sobre Beneficios de Exención y Reducción de Multas en Casos de Colusión”, 2009, p. 2

La postulación al beneficio, conforme a esta guía, debía hacerse por vía electrónica. Con esta postulación se llevaba el orden de los delatores, que obtenían así un comprobante de postulación. Luego de esto, se citaba a una reunión de programación, en la que “se notificará al Solicitante el Indicador de Postulación y se acordará la forma como el Postulante proporcionará lo antecedentes precisos, veraces y comprobables que sustenten la solicitud de los beneficios contemplados en el artículo 39 bis, en la Reunión de Entrega de Antecedentes, la que se llevará a cabo dentro de los 90 días corridos siguientes a la notificación del Indicador de Postulación”⁹⁶.

Posteriormente, se convocaba a una Reunión de Entrega de Antecedentes, en la cual el Fiscal debía requerir la solicitud formal del beneficio por parte del delator. Si no se estimaban suficientes los antecedentes, podía otorgarse una prórroga.

Cumplidos estos trámites, y siendo suficientes los antecedentes, el Fiscal emitía un oficio de conformidad. En cualquier caso diverso – no siendo suficientes los antecedentes, no asistiendo a las reuniones mencionadas, u otros incumplimientos, el fiscal emitía un oficio de disconformidad y el

⁹⁶ *Ibíd*em p. 6.

postulante al beneficio perdía su lugar en el orden de postulación⁹⁷.

La Guía detallaba la diferencia entre el primer delator y el resto de ellos⁹⁸. Para acceder a la exención de la multa, el postulante debía ser el primero y cumplir con todos los requisitos. Los siguientes podían acceder a una reducción, sujeta al máximo legal de un 50% de la multa. En cuanto a la cuantificación de las reducciones, el numeral 35 de la guía explicitaba los criterios de la agencia persecutora, de la siguiente manera:

“35. La FNE evaluará criterios de cuantificación de porcentajes de rebajas de multa. Considerará, desde luego, que las solicitudes posteriores a la primera deban ser premiadas de menor forma que aquella. Además, considerará para la rebaja la proximidad temporal respecto de la primera solicitud, la mayor aportación de antecedentes adicionales a los entregados por el primer Solicitante y el provecho de los antecedentes para otras investigaciones de la FNE por colusión, nuevas o en curso.”⁹⁹

Dos cosas llaman la atención en este párrafo. La primera es la

⁹⁷ Ibídem P. 12.

⁹⁸ Ibídem P. 10.

⁹⁹ Ibídem.

consideración de “la proximidad temporal respecto de la primera solicitud” para determinar la cuantía de la rebaja; y la segunda es “el provecho de los antecedentes para otras investigaciones de la FNE”. Esto importa que la FNE, conforme a esta Guía, graduaría las rebajas conforme al orden en que llegan; y también supondría un mayor premio el aportar con antecedentes que pudieran echar luces sobre otras investigaciones, distintas de aquella en la que se delata. Salta a la vista, sin embargo, que estas determinaciones no son demasiado específicas, dejando cierto espacio a la discrecionalidad de la agencia.

3.1.4 Segunda Guía de la Fiscalía Nacional Económica.

En el año 2014 se elaboró una versión preliminar para una nueva Guía Interna sobre Delación Compensada, la cual, a la fecha de redacción de este trabajo, se encontraba en proceso de consulta pública para su aprobación definitiva en marzo del año 2015¹⁰⁰. Esta guía viene a reemplazar a descrita anteriormente, e innova respecto de la anterior en varios aspectos que a efectos de este trabajo parecen sumamente relevantes.

Dentro de sus más destacables innovaciones, en primer lugar, se cuenta

¹⁰⁰ CHILE. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. “Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión. Versión Preliminar para consulta pública”. 11 de Noviembre de 2014.

el nombramiento de un funcionario encargado de la delación compensada, que representa una alternativa al reporte por vía electrónica, antes exclusivo. Este funcionario puede ser contactado telefónica o electrónicamente¹⁰¹.

En segundo lugar, la Guía establece que “Cualquier interesado puede consultar al Encargado de Delación Compensada si el beneficio de exención de multa se encuentra o no disponible, sin necesidad de individualizar al potencial beneficiario.”¹⁰² Estableciendo esta posibilidad de una consulta hipotética, se aumenta el grado de certeza necesario para cualquier programa de clemencia.

En caso que los funcionarios a cargo de revisar la solicitud la evalúen de manera desfavorable, se entrega además la posibilidad de una audiencia donde el postulante puede exponer su punto al Fiscal, quien finalmente decide¹⁰³.

En cuarto lugar, existe una mayor claridad en cuanto a las reducciones de multa que pueden obtener los delatores que no sean el primero, reglándose más claramente lo establecido en el numeral 35 de la Guía de 2009. Así, al postulante que obtenga el segundo lugar, se le concederá una rebaja de un

¹⁰¹ *Ibidem* p. 2.

¹⁰² *Ibidem* p. 8.

¹⁰³ *Ibidem* p. 18.

rango de un 30% a un 50% “de la multa que la FNE hubiese solicitado al TDLC se imponga al Postulante en ausencia del beneficio”¹⁰⁴; al tercer lugar, se le concede una rebaja de un rango entre un 20% y un 40%; y desde el cuarto en adelante, la rebaja no superará el 30%.¹⁰⁵

Finalmente, esta Guía establece una posibilidad de delación compensada aumentada, por confesión de una nueva colusión y por ampliación de la colusión ya investigada. El primer caso se aplica a un postulante que no tiene el primer lugar, pero que pudiendo “confesar a la FNE la existencia de una segunda conducta colusoria independiente y no relacionada con la primera respecto de la cual la FNE no tenga noticias”, y cumpliendo con los demás requisitos de un primer postulante, puede obtener el “máximo de reducción de multa respecto de la primera conducta colusoria, y exención de la multa respecto de la segunda”¹⁰⁶. En la segunda hipótesis, la Fiscalía Nacional Económica otorga el máximo de reducción de multa posible a un postulante que no es el primero “cuando la evidencia aportada permita establecer hechos adicionales que incrementan la gravedad de la conducta investigada, su duración o la participación en ella de agentes económicos no comprendidos a la

¹⁰⁴ *Ibidem* p. 19

¹⁰⁵ *Ibidem* p. 19.

¹⁰⁶ *Ibidem* p. 23

fecha en la investigación”¹⁰⁷.

Esta última innovación pretende conseguir un efecto similar al Amnesty Plus de los Estados Unidos, en el cual un agente perseguido por colusión puede confesar la participación en otro cartel y entregar información sobre este, obteniendo inmunidad en ese caso y una reducción en aquél¹⁰⁸.

Todas estas innovaciones apuntan a otorgar mayor certeza y a reducir la discrecionalidad, lo cual parece sumamente positivo para la ejecución de la política chilena de delación compensada.

3.2 Historia de la Ley N° 20.361

A continuación se presenta una revisión del debate legislativo en torno a la delación compensada, suscitado con ocasión de la tramitación de la Ley N1 20.361. Esto, con el fin de examinar qué tuvo el legislador en mente al momento

¹⁰⁷ *Ibíd*em p. 23

¹⁰⁸ HAMMOND, Scott y BARNETT A., Belinda, “Frequently asked questions regarding the Antitrust Division’s Leniency Program and Model Leniency Letters”. Department of Justice, Estados Unidos de América, 2008. [En Línea]: <http://www.justice.gov/atr/public/criminal/239583.htm>

de introducir este mecanismo y cuál fue el estado de la discusión, lo que a su vez puede echar luces acerca del sistema de clemencia que finalmente fue aprobado y que opera en nuestro país en la actualidad.

3.2.1 Mensaje Presidencial

El Mensaje Presidencial del proyecto de la Ley N° 20.361 indicaba que “se ha estimado necesario introducir un mecanismo que incentive a revelar antecedentes sustanciales para la investigación o prueba de los ilícitos contrarios a la libre competencia, aplicable en casos de colusión, debido a los graves efectos que éstos producen al mercado y la dificultad empíricamente demostrada de investigarlos con éxito”¹⁰⁹. La redacción del artículo propuesto era la siguiente:

“Artículo 26 bis: El Tribunal deberá reducir, o eximir en casos calificados, el monto de la multa que le aplique en forma individual, a quien haya revelado a la Fiscalía Nacional Económica, hechos que configuran una conducta prevista en la letra a) del artículo 3° o que la acreditan, mediante el suministro de informaciones precisas, verídicas y comprobables que conduzcan a la determinación de los demás responsables, o sirvan para prevenir o impedir su

¹⁰⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley No 20.361 Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Economía, Fomento y Reconstrucción de 2004, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 13 de julio, 2009. p. 11.

ejecución.

El Tribunal se pronunciará en la sentencia definitiva sobre la eficacia de la revelación aportada.

En el caso que la Fiscalía Nacional Económica haya recibido en una investigación declaraciones y antecedentes proporcionados de acuerdo al inciso primero, deberá solicitar en el requerimiento, la reducción de la multa que estime adecuada o su exención, conforme a la eficacia que las declaraciones y antecedentes proporcionen a la investigación, la oportunidad en que se aportaron y que emanen de un partícipe en la conducta que no sea su promotor. En todo caso, el Tribunal podrá imponer una multa mayor a la propuesta si del mérito de la prueba aportada al proceso, se comprobare que las circunstancias y efectos de la conducta son más graves que las determinadas en el requerimiento.

Las declaraciones y antecedentes aportados conforme a este artículo, tendrán carácter secreto desde que se den o entreguen a la Fiscalía Nacional Económica, la que deberá formar un expediente administrativo especial y separado con tales declaraciones y antecedentes, al cual sólo tendrá acceso el Tribunal.

Los afectados tendrán acceso únicamente a las piezas pertinentes de este cuaderno, cuando tales declaraciones o antecedentes se hagan valer en su

contra por la Fiscalía Nacional Económica, o sean calificados como hechos a acreditar en los puntos de prueba o en una medida para mejor resolver decretada por el Tribunal.

Una instrucción de carácter general del Tribunal precisará y desarrollará la aplicación de este beneficio y los criterios en virtud de los cuales se calificará la eficacia de las revelaciones aportadas.”¹¹⁰

3.2.2 Debate en la Cámara de Diputados.

La introducción de la delación compensada no fue un tema del todo pacífico en el debate en la cámara inicial. A efectos de ilustrar esto, el diputado señor Jorge Burgos señaló que “Ese ha sido uno de los puntos más controvertidos del proyecto, pues algunos sostienen que lo señalado sólo procedería respecto de delitos gravísimos y que tendría algunas connotaciones de cierta inmoralidad o de reproche moral. Sin embargo, se debe entender que esa situación está concebida para desestabilizar, para crear problemas a los ilícitos colectivos y a las asociaciones ilícitas, término que ha estado muy de moda en estos últimos días. En cuanto a la supuesta inmoralidad, cabe recordar

¹¹⁰ VEGA, Ana, “Eficacia de la delación compensada en materia de libre competencia en el derecho chileno. Análisis comparativo con el programa de clemencia de la Unión Europea”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2011. P. 32.

que se exime o rebaja la multa, no la pena, lo contrario de la sede penal, de manera que hay un espacio para creer que es posible que esa institución pueda dar algún resultado en el objetivo que busca alcanzar nuestra sociedad de evitar ese tipo de colusiones y de incentivar a sujetos que en algún momento han tomado la decisión de participar en algunos de los estadios de esa acción a autoincriminarse y a entregar las pruebas destinadas a poner término a ese tipo de colusión.”¹¹¹

Por su parte, el diputado señor Gonzalo Arenas opinó que “Todavía no nos convence la reducción de la norma, pues a pesar de ser una institución que según algunos especialistas que expusieron en las comisiones de Economía y de Constitución, ha dado resultados, los ha dado en países donde está asociada a una pena de cárcel, pero ocurre que en Chile no existe pena de cárcel para los atentados contra la libre competencia y perdería su valor disuasivo al aplicarse solamente penas pecuniarias. Por lo tanto, va a ser letra muerta.”¹¹²

Sin embargo, la introducción de penas privativas de libertad, eliminadas

¹¹¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley No 20.361 Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Economía, Fomento y Reconstrucción de 2004, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 13 de julio, 2009. P. 206

¹¹² *Ibíd*em p. 210.

en el año 2004 del Decreto Ley N° 211 ¹¹³, no se volvieron a discutir mayormente. El debate sobre delación compensada se centró en los beneficios que debían concederse y los requisitos para acceder a ellos. VEGA resume las modificaciones sufridas por el proyecto original del Ejecutivo, estableciendo que estas se dirigen a:

“- Dar más precisión a los términos empleados en la proposición, a fin de reducir la incertidumbre que pudiera afectar al delator, acerca de si cumple o no con las condiciones para acceder a los beneficios. Estableciendo tres requisitos generales que deben darse en cualquier solicitud del beneficio.

- También establece con claridad que la exención sólo operará cuando se trate del primer miembro del cartel en delatar.

- Asimismo señala que para aquellos que no sean el primero en delatar, sólo operará la reducción si, además, aportan antecedentes adicionales. - Se da mayor certidumbre respecto al monto de reducción de la multa, estableciendo que su importe no puede superar el 50% de la sanción aplicada a aquellos miembros del cartel que no gozan del beneficio.”¹¹⁴

De esta manera, el artículo que fue enviado al Senado en tanto cámara revisora para su discusión y aprobación fue el siguiente:

¹¹³ Vid CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Ley N° 19.911 que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2004.

¹¹⁴ VEGA, op. cit., p. 33.

“Artículo 39 bis.- El que ejecute una conducta prevista en la letra a) del artículo 3° podrá acceder a una reducción o exención de la multa cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.

Para acceder a uno de estos beneficios, el ejecutor de la conducta deberá cumplir los siguientes requisitos:

- 1.- Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal;
- 2.- Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud, y
- 3.- Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud, salvo que la Fiscalía decidiera que su participación es indispensable para preservar la eficacia de la investigación.

Para acceder a la exención de la multa, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso anterior, el ejecutor de la conducta deberá ser el primero que aporte los antecedentes a la Fiscalía, dentro del grupo de responsables de la conducta imputada.

Para acceder a una reducción de la multa, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso segundo, el ejecutor de la conducta deberá aportar

antecedentes adicionales a los presentados por quien primero acompañó antecedentes a la Fiscalía en virtud de este artículo. En todo caso, la rebaja de la multa que solicite el Fiscal en su requerimiento, no podrá ser superior al 50% de la mayor multa solicitada para los demás ejecutores de la conducta que no pueden acogerse a los beneficios de este artículo.

En su requerimiento el Fiscal individualizará a cada ejecutor de la conducta que cumplió los requisitos para acceder al beneficio de exención o reducción de la multa. Si el Tribunal diere por acreditada la conducta, no podrá aplicar multa a quien haya sido individualizado como acreedor de una exención, como tampoco una multa mayor a la solicitada por el Fiscal a quien haya sido individualizado como acreedor de una reducción de la misma.”¹¹⁵.

3.2.3 Discusión en el Senado.

La discusión en la cámara revisora resultó en las siguientes modificaciones:

“Número 16) Ha pasado a ser número 18), con las siguientes enmiendas al artículo 39 bis.-, que se propone:

- Ha eliminado, en el numeral 3.- del inciso segundo, la frase “, salvo que la

¹¹⁵ VEGA, op. cit., p. 34.

Fiscalía decidiera que su participación es indispensable para preservar la eficacia de la investigación”.

- Ha intercalado, en el inciso quinto, a continuación de la expresión “reducción de la misma”, la frase “, salvo que se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador de la conducta ilícita”. -

Ha agregado un inciso final, nuevo, del siguiente tenor: “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 acogiendo a los beneficios de este artículo, será sancionado conforme a lo establecido en el artículo 210 del Código Penal.”¹¹⁶.

3.2.4 Trámite en Comisión Mixta:

Una de las principales controversias que se suscitó en la aprobación de la figura de la delación compensada versó sobre si el líder del cartel era apto para optar al beneficio. Según lo explicó el diputado señor Jorge Burgos, “Como la figura del organizador era de difícil prueba, se buscó la unanimidad a través de la siguiente idea: no podrá ampararse o solicitar la delación compensada si durante el proceso que la pretende, el organizador de la conducta ilícita, actuó coaccionando a los demás a participar en ella. En ese caso la persona ya no sólo organizó, sino que, además, presionó, o, por la vía de la coacción, logró

¹¹⁶ Ibídem p. 37

que el resto de los participantes ingresara al cartel. Se trata de una conducta excesiva. En otras palabras, no podrá ampararse en la figura de la delación compensada quien creó el cartel, se coludió para atentar contra el libre mercado y, además, tomó la decisión de denunciar y solicitar la reducción o exención de multas.

Si se comprueba esa conducta, la persona en cuestión no se hace acreedora de los beneficios de la delación compensada. Así, la figura queda mucho más restringida. De este modo, se impuso la opinión de los diputados que se mostraron contrarios a la modificación del Senado. Dejar la materia tal como pretendía el Senado significaba limitar la procedencia de esta figura jurídica novedosa. Hay muchas esperanzas de que esta disposición ayudará a que los mercados funcionen de manera correcta e impedirá la formación de carteles de colusión como los vistos en el último tiempo.”¹¹⁷

Finalmente, fue aprobado, declarado constitucional por el Tribunal Constitucional y promulgado el texto actual del artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211.

Llama la atención la información – o falta de ella – que se tuvo a la vista para legislar sobre delación compensada. Una búsqueda por palabras de la Historia de la Ley arroja solamente el nombre de HAMMOND, citado por el Fiscal Nacional de aquél tiempo, don Enrique Vergara, en el Segundo Informe

¹¹⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, op. cit., pp. 549 - 550

de la Comisión de Economía¹¹⁸. Sorprende la ausencia de los paradigmáticos trabajos de autores como MOTTA y POLO¹¹⁹, SPAGNOLO¹²⁰, POSNER¹²¹ BECKER¹²², ya elaborados a la fecha de discusión del proyecto, que pudieron perfectamente ser consultados.

Sumando ciertas opiniones de los parlamentarios, es posible concluir que en muchos sentidos se discutió y legisló más desde el prejuicio que en base a evidencia teórica o empírica o la experiencia comparada. Así, por ejemplo, el diputado Alberto CARDEMIL sostuvo que “La delación compensada es un concepto anglosajón que no está en nuestra cultura. Se ha ido estableciendo en algunas materias, como delitos terroristas o de narcotráfico. Al parecer, ha funcionado bien. No estoy en contra de la figura en sí misma, pero quienes presentamos esta indicación creemos que está establecida en nuestra legislación en otro marco jurídico; está a cargo de un juez de garantía que la controla; hay fiscalía; hay un proceso criminal, con autoridades establecidas constitucionalmente que la resuelven, que la aceptan y que, en definitiva, le sacan las conclusiones que correspondan. Aquí se está entregando a un

¹¹⁸ *Ibidem* p. 315

¹¹⁹ MOTTA, Massimo y POLO, Michelle, *Leniency Programs and Cartel Prosecution*, 1999.

¹²⁰ SPAGNOLO, Giancarlo, “Leniency and Whistleblowers in Antitrust” en BUCCIROSSI, Paolo, “Handbook of Antitrust Economics”, MIT Press, 2008; y *Divide Et Impera: Optimal Deterrence Mechanisms Against Cartels and Organized Crime*, University of Manheim, 2003.

¹²¹ POSNER, Richard, “Optimal Sentences for White-Collar Criminals”, University of Chicago Law School, 1980.

¹²² BECKER, Gary S., *Crime and Punishment: an Economic Approach*, University of Chicago, 1968.

tribunal que recién está dando sus primeros pasos, que no tiene las características plenas de jueces en derecho sujetos a la supervigilancia procesal y económica de la Corte Suprema”¹²³. El diputado Edmundo ELUCHANS, por su parte, expresó que “No estamos de acuerdo con esa institución, totalmente ajena al sistema jurídico nacional. Según información de que disponemos, ella es bastante criticada y cuestionada en países en que está en funcionamiento. Consideramos que es inconveniente y, además, peligrosa. En otros países opera porque el tipo de conductas que se investigan y sancionan tienen penas corporales, lo que no ocurre en Chile.”¹²⁴

En un sentido contrario, son muy decidoras las palabras de la diputada Laura SOTO, quien expresó que “Por ese entonces, muchos de nosotros, imbuidos de alguna ideología particular, la delación compensada nos merecía muchas dudas, primero, por nuestra formación garantista, y segundo, por nuestro apego al valor de la lealtad. Es decir, la delación compensada nos parecía una figura excepcional, equivalente a la traición, y, por lo tanto, consideramos que nuestra legislación debía contemplarla para delitos graves, como los relacionados con el narcotráfico o el terrorismo. Sin embargo, lo ocurrido con las cadenas de farmacias -hecho que está afectando a miles y miles de personas, que han visto alteradas sus vidas; incluso, algunos

¹²³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, op. cit. p. 107

¹²⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, op. cit. p. 224

consideran que se atentó contra la vida y la salud de las personas- nos abrió los ojos y la mente.”¹²⁵

La impresión que deja la lectura de la Historia de la Ley es efectivamente de una discusión legislativa más bien superficial. Esta es quizás una de las razones por las cuales se presentan los problemas de nuestro programa de clemencia, los que se analizan a continuación.

3.3 Problemas del sistema chileno de delación compensada en libre competencia.

Habiéndose aprobado en Julio del año 2009, a Noviembre del año 2014 existían tres solicitudes de delación compensada¹²⁶. Si se tiene en cuenta el antecedente estadounidense, y lo establecido por KLEIN en cuanto a que los programas de clemencia demoran alrededor de un año en comenzar a producir sus efectos, es plausible decir que nuestro sistema de delación compensada muestra una insuficiencia en cuanto a sus resultados. En efecto, a nuestro conocimiento existe menos de una postulación al beneficio por año.

¹²⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, op. cit. p. 518.

¹²⁶ Requerimiento de la FNE contra Tecumseh do Brasil Ltda. y Otro (Rol C-207-10); Requerimiento de la FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros (Rol C-224-11); y Requerimiento de la FNE contra Asfaltos Chilenos S.A. y otros (Rol C-280-14).

Lo anterior puede explicarse por motivos diversos – el tamaño reducido de nuestra economía, o las solicitudes que aún permanecen en la confidencialidad, por nombrar algunas – pero da lugar a la reflexión de qué es lo que hace falta para hacer más efectivo nuestro sistema de amnistía en sede antimonopólica.

Utilizando el esquema del Capítulo II, se hará a continuación un contraste entre el esbozo de modelo óptimo de delación compensada y el que existe actualmente en nuestro país, a efectos de diagnosticar los problemas que este último pueda presentar.

3.4 En cuanto a la Severidad en las Sanciones.

3.4.1 Sanciones que puede imponer el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Las sanciones que puede imponer el Tribunal de Defensa de la Libre competencia se encuentran en el artículo 26 del Decreto Ley 211. Entre estas se cuenta la orden de disolver actos y contratos, la disolución de organizaciones tales como sociedades o asociaciones gremiales, y la imposición de sanciones pecuniarias.

En su letra c) se encuentran las multas, las cuales pueden ser impuestas tanto a personas naturales como a personas jurídicas y pueden alcanzar un máximo de 30.000 Unidades Tributarias Anuales en el caso de la colusión. Entre los criterios que se consideran para la determinación de la multa se incluyen “el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación.”

Corresponde analizar qué tan severas son estas sanciones, para determinar o no si tienen un poder auténticamente disuasivo.

3.4.2 Inexistencia de sanciones penales.

En primer lugar, debe notarse que no existe en este cuerpo legal sanciones de cárcel para los ejecutivos que participan en los carteles. De esta manera, no se cuenta con una de las herramientas preventivas más poderosas con las que sí cuentan otras jurisdicciones.

3.4.3 Cuantía de las Multas

Seguidamente, en cuanto a la determinación de la cuantía de la multa, salta a la vista que existe un tope fijo y no proporcional. Esto deja a las autoridades sin la posibilidad de imponer una multa acorde a la realidad de cada empresa, perdiendo éstas su poder disuasivo. Asimismo, la cuantía fija de las multas es bastante baja.

A modo de demostración, consideremos el siguiente ejemplo del cartel conocido como “Caso Pollos”. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia concluyó en su sentencia que el daño producido por las empresas avícolas Agrosuper, Ariztía y Don Pollo incluía un sobreprecio estimado de un “14% (entre los años 2008 y 2010). Con esta estimación, el daño generado por las Empresas Avícolas Requeridas, en términos de mayores precios cobrados, supera en muchas veces el máximo de la multa aplicable (...)”¹²⁷ ; haciendo notar además que “basta con que el sobreprecio cobrado durante todo el período de duración de la colusión (1994 a 2010) haya estado por sobre un 3% -escenario muy conservador- para que (i) el beneficio económico obtenido por Agrosuper sea cerca de ocho veces la multa máxima aplicable; (ii) el beneficio económico obtenido por Ariztía sea cercano a cuatro veces la multa máxima aplicable; y, (iii) el beneficio económico obtenido por mayores precios, por parte de Don Pollo, sea cercano a la multa máxima aplicable”¹²⁸.

¹²⁷ Sentencia 139 TDLC, Considerando tricentésimo quincuagésimo cuarto, p. 182

¹²⁸ *Ibidem*, Considerando tricentésimo quincuagésimo quinto, p. 182.

Lo anterior parece un reconocimiento explícito de la tremenda insuficiencia de las multas, pudiendo bien ser consideradas como un costo más de hacer negocios. Los agentes no se verán disuadidos si las multas se convierten en la práctica en tarifas por obtener rentas monopólicas.

3.4.4 Falta de Severidad en las Sanciones

Finalizando respecto de la primera piedra angular del esquema presentado en el capítulo anterior, nuestro sistema de delación compensada adolece de una preocupante falta de severidad de las sanciones, lo que puede explicar los pocos casos de postulación al beneficio de delación compensada que se han presentado.

3.5 En cuanto al Temor de Detección.

3.5.1 Facultades Intrusivas de la autoridad

Respecto del temor de detección, el hecho que la autoridad cuente con mecanismos intrusivos permite consolidar esta piedra angular. Mediante estos mecanismos, los agentes saben que podrían ser descubiertos aún sin necesidad de delación, siendo todos los participantes de una colusión condenados sin ningún grado de clemencia. Además, en presencia de

diligencias, se incrementará este temor y en consecuencia el efecto “Carrera al Tribunal” se verá aún más potenciado, pues la amenaza de la sanción se vuelve inminente y delatar será la única vía de sustraerse de ésta.

3.5.2 Falta de un Programa Individual de Delación Compensada.

Se echa en falta, no obstante, un programa individual claramente diferenciado y con sus propias características. Como se revisó al principio, existe la amenaza de multas para personas naturales que hayan participado en la infracción, quienes tienen la posibilidad asimismo de delatar a su propio nombre para obtener exención o reducción de multa¹²⁹. Sin embargo, este programa no cuenta con incentivos claramente diferenciados, por lo que se desaprovecha la posibilidad de crear e incrementar el efecto *Race to the Courthouse* entre el ejecutivo o empleado y la compañía cartelizada (y se renuncia además a la creación o exacerbación de los problemas de agencia entre empleado y empresa que hacen más costosa una colusión).

Por otra parte, la delación individual parece muy poco plausible en nuestra realidad económica. Ha de tenerse en cuenta no sólo la fuerte concentración y reducido tamaño de nuestra economía, sino las características endogámicas de la elite socio-económica chilena, lo que redundaría en que “todos

¹²⁹ CHILE. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. “Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión. Versión Preliminar para consulta pública”, 2014. página 20.

se conozcan”. Y es aquí donde la falta de incentivos para delatar se hace patente: quien denuncie a su propia compañía sufrirá las represalias y el ostracismo esperables de quien comete una “traición”. Esto puede traducirse no sólo en la desvinculación del ejecutivo de la empresa infractora sino en un boicot total a la hora de encontrar otro trabajo, según lo explicaron CALLAHAN y DWORKIN¹³⁰. Esto es, quien delata en Chile a su propia empresa enfrenta un juego en el que las opciones son no denunciar y verse expuesto a una potencial sanción, o denunciar y sufrir el ostracismo completo del mundo empresarial (como mínimo). Claramente, en este escenario, la estrategia dominante del ejecutivo es mantener silencio, por lo que la empresa no está en carrera para auto-denunciarse con sus propios empleados. Es más, mediante bonos u otras prestaciones, las empresas pueden tener mecanismos asombrosamente efectivos para monitorear, disciplinar y recompensar a sus propios empleados, alineándoles perfectamente con sus intereses, todo lo cual reduce el costo de coludirse y, por cierto, el temor de detección.

Recordando entonces lo establecido por HAMMOND¹³¹ y AUBERT, REY y KOVACIC¹³², es evidente lo pernicioso de carecer de un programa individual de delación compensada, diferenciado más claramente del programa corporativo, con la inclusión de protección de identidad de los delatores y de

¹³⁰ CALLAHAN y DWORKIN, op. cit.

¹³¹ HAMMOND, op. cit.

¹³² AUBERT, REY y KOVACIC, op. cit.

recompensas significativas para éstos. La existencia, por otra parte, de facultades intrusivas para la autoridad, se saluda como parte vital de esta piedra angular.

3.6. En cuanto a la Transparencia en el Cumplimiento de las Normas.

3.6.1 Evaluación General

Recordando lo dicho por HAMMOND ¹³³ y SPAGNOLO ¹³⁴ , el cumplimiento de las normas de libre competencia – y muy especialmente las de los programas de amnistía – debe ser transparente, cierto y lo más automático posible, eliminando o reduciendo la discrecionalidad al mínimo.

En este sentido, las Guías de la Fiscalía Nacional Económica son un esfuerzo loable en orden a otorgar la mayor certeza posible al cumplimiento del artículo 39 bis del Decreto Ley N°211, contribuyendo así a la efectividad del programa de delación compensada.

Existe, sin embargo, un gran problema a este respecto, que proviene de la falta de armonía de legislación aplicable a los acuerdos de precios, y que se describe a continuación.

¹³³ HAMMOND, op. cit.

¹³⁴ SPAGNOLO, “Leniency and Whistleblowers in Antitrust”, op. cit.

3.6.2 El artículo 285 del Código Penal

El mayor problema respecto a esta piedra angular es el artículo 285 de nuestro Código Penal, que reza:

“Los que por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualesquiera otras cosas que fueren objetos de contratación, sufrirán las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez sueldos vitales.”¹³⁵

La aplicación de estas normas corresponde al Ministerio Público y a los tribunales con competencia penal, y no a la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Y es que si bien puede discutirse que la disposición ha sido derogada orgánicamente, por cuanto es el Decreto Ley N° 211 el que tipifica y sanciona la colusión en su artículo 3° letra a), esto sigue siendo una discusión doctrinaria, con la consecuente falta de certeza en cuanto a su ámbito de aplicación.

¹³⁵ CHILE. Ministerio de Justicia. Código Penal. 1874.

A mayor abundamiento, el Ministerio Público ha formalizado a ejecutivos de empresas cartelizadas invocando el artículo 285 del Código Penal¹³⁶.

Lo anterior representa un desincentivo gigantesco a la delación. Los agentes que deciden auto-denunciarse no tienen certeza de que no serán sometidos a un procedimiento penal, con posibilidades – aunque sean muy bajas – de ser condenados a una pena privativa de libertad. Tampoco tienen la certeza de si esta sanción caerá sobre aquellos que no delaten. Esta falta de armonía de nuestra legislación, que engendra falta de certeza y de transparencia en el cumplimiento de las normas, parece uno de los mayores problemas de nuestro sistema de clemencia, tanto desde el punto de vista de esta piedra angular como del sistema completo.

3.6.3 Exposición a acciones por responsabilidad civil

Actualmente un delator beneficiado por el programa de delación compensada está expuesto a ser demandado por los perjuicios irrogados de su conducta anticompetitiva. Esto implica que, en la práctica, su inmunidad no es total y el “premio” de la exención debe compensar por las pérdidas que significarían una condena por responsabilidad extracontractual.

¹³⁶ IRIARTE, Laura: “Fiscalía Centro Norte formalizó a 17 ejecutivos del caso farmacias por alteración de precios”, La Tercera, 17 de Marzo de 2011. [en línea]: <http://www.latercera.com/noticia/negocios/2011/03/655-352080-9-fiscalia-centro-norte-formalizo-a-17-ejecutivos-del-caso-farmacias-por.shtml>

Debe tenerse además en cuenta que la interposición de este tipo de acciones es eventual, siendo disponible su ejercicio para los actores privados. En este sentido, se abre un margen de impredecibilidad que afecta a esta piedra angular.

La eventualidad misma de una demanda en sede civil es entonces otro problema respecto de la transparencia en el cumplimiento de las normas.

3.7 Síntesis de los problemas del programa chileno de delación compensada.

Concluyendo este capítulo, habiendo examinado el modelo chileno de delación compensada y contrastándolo con las características que debe tener un sistema óptimo, podemos sintetizar lo anterior con un diagnóstico de los problemas de nuestro sistema de delación compensada, enumerándolos en la siguiente lista:

Figura N° 4: Lista de Problemas de la Delación Compensada en Chile.

- 1) Sanciones poco severas, que incluyen multas bajas y falta de penas de cárcel;

- 2) Falta de un programa individual diferenciado de delación compensada, con incentivos claros y poderosos (posiblemente recompensas y formas de protección) para los empleados de las compañías;
- 3) Falta de certeza en cuanto al alcance de la inmunidad, por la falta de armonía que produce el artículo 285 del Código Penal.

En el capítulo siguiente se tratarán las posibles vías de solución para estos problemas.

“Pero – le repito – a nosotros no nos dan miedo las ruinas, porque llevamos un mundo nuevo en nuestros corazones. Ese mundo está creciendo en este instante”.

Buenaventura Durruti.

CAPÍTULO IV:

PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

4.1 Introducción.

En este último capítulo, se proponen soluciones a los problemas diagnosticados anteriormente, usando como parámetro el modelo óptimo esbozado en el capítulo II. Estas deben entenderse como humildes recomendaciones de política pública, proponiéndose modificaciones tanto legales como reglamentarias que nuestro sistema debiera sufrir para acercarse a un funcionamiento óptimo. Sin embargo, es preciso hacer algunas aclaraciones antes de entregar estas propuestas de solución.

La primera de ellas es que el nivel de detalle requerido para implementar estas propuestas excede los límites de este trabajo. En efecto, la materialización de propuestas de esta naturaleza requiere un concienzudo estudio de nuestro ordenamiento a efectos de que una hipotética introducción de estas medidas no produjese resultados adversos, tanto en sede de libre competencia como en otras áreas. Por lo tanto, lo que aquí se entregan son

lineamientos (“bosquejos”, si se quiere) de las mejoras que el programa chileno de delación compensada debiese implementar.

La segunda aclaración es que las medidas que se proponen son armónicas entre sí, y se necesitan una a otra. Vale decir, la generalidad de ellas no funciona por sí sola, sino que es parte de mejoras integral. En este sentido, la implementación de una sola de ellas puede ser totalmente contraproducente, con algunas salvedades.

Dicho esto, las propuestas se entregan nuevamente siguiendo como esquema los pilares señalados por HAMMOND, a saber: Severidad en las Sanciones, Temor de Detección, y Transparencia en el Cumplimiento de las Normas.

4.2 Severidad en las Sanciones

Como se dijo anteriormente, para que un sistema de delación compensada funcione es vital que las sanciones sean severas (para lograr un efecto disuasivo), y en Chile no lo son. Esto puede observarse tanto en el tope de las multas como en la inexistencia de sanciones de otra índole, tales como las penas de cárcel. La solución a este problema importa tener en cuenta el establecimiento de sanciones teniendo en cuenta la disuasión que debe

lograrse, en atención al daño que se produce. A continuación se propone una nueva forma de determinación de multas y la introducción de penas privativas de libertad.

4.2.1 Determinación del monto de las Multas.

Se busca en este punto proponer un sistema proporcional de determinación de las multas. Esto, con el fin de ajustar lo más posible el sistema a un ideal disuasivo, en la línea de lo establecido por CONNOR y LANDE¹³⁷, conjuntamente con prevenir ciertas injusticias y ayudar a la predictibilidad y la certeza (de lo que se tratará más adelante). En este sentido, REYES establece que “resulta que si la fiscalía – que no son tan altas las multas, dice la mayoría, y yo estoy de acuerdo con eso – fija en 30.000 UTA la sanción, y le da el beneficio de 15.000 UTA al segundo que llegó, yo no sé qué tan bueno es el sistema o el incentivo para poder ir a delatarse. Porque al final de cuentas, 15 millones de dólares para una transnacional puede ser poco, pero para una microempresa sería destruirla. Entonces para qué voy a confesar si al final no gano nada. Porque si me condenan a un millón de dólares o a quince millones de dólares es exactamente lo mismo: no tengo esa plata, y si me condenan a eso desaparezco. Hay un nivel para los más chicos en que da lo

¹³⁷ CONNOR y LANDE, op. cit.

mismo la multa porque ya es imposible. Y por lo tanto el sistema está mal regulado en ese sentido.”¹³⁸

Según ESCOBAR, “las multas no tendrían techo. Y deberían ser proporcionales al daño causado(...) Subiría de todas formas el límite de las multas, pero creo que hay que limitarlas porque claramente a un negocio chico de la esquina que se coludió, no le puedes aplicar una multa al máximo, porque lo quiebras, pero sí una multa proporcional al daño causado por cada uno de los actores involucrados”¹³⁹.

Al momento de evaluar las sanciones de libre competencia, muchos autores temen el efecto de “sobre-disuasión” u *overdeterrence*. Y este aparece fundado, como lo dan cuenta las opiniones anteriormente citadas. Sin embargo, es necesario matizar esta preocupación, teniendo en cuenta que no se dispone de evidencia empírica que muestre efectos perversos de los incrementos en las sanciones^{140 141}. Con esto no se pretende soslayar la preocupación de que las sanciones demasiado altas puedan tener efectos adversos, sino solamente llamar a la tranquilidad al momento de pensar en esta posibilidad, pues no

¹³⁸ REYES, Cristián. Entrevista realizada el 10 de Diciembre en Santiago, Chile. Entrevistador: Vicente Saiz. ANEXO I.

¹³⁹ ESCOBAR, Gonzalo. Entrevista realizada el 16 de Diciembre de 2014 en Santiago, Chile. Entrevistador: Vicente Saiz. ANEXO II, p. 3

¹⁴⁰ CONNOR y LANDE, op. cit., p. 53.

¹⁴¹ Al respecto, cabe hacer notar que para este trabajo no se encontró ninguna obra que contuviese evidencia empírica o experimental acerca de la idea de *overdeterrence*. [N. del A.]

existen razones que causen alarma a este respecto.

Se propone aquí entonces un sistema de multas proporcional, que tenga en cuenta el daño causado; que incorpore las variables de probabilidad de detección y condena; y que tenga por único límite la imposibilidad de llevar a la empresa a la quiebra por esa multa. La fórmula para calcular las sanciones sería la siguiente:

Figura Nº 5: Fórmula de Cálculo de Sanciones.

$$(Daño\ causado \div (0,30 \times 0,20)) \times factor\ de\ control.$$

Donde el “Daño Causado” es una cifra que incorpora la extracción hecha a los consumidores; la “probabilidad de detección” (0,30) y la “probabilidad de condena” (0,20) son fijadas a priori y son siempre los mismos, en base a la evidencia disponible¹⁴²; y el “factor de control” es una cifra que permite ajustar proporcionalmente la sanción a los ingresos o la participación de mercado, o incrementarla de acuerdo a la reincidencia que ésta haya tenido.

¹⁴² CONNOR y LANDE, op. cit.

Ahora bien, debe estimarse ahora dónde estará esa fórmula. Estimamos que debe estar fija en la ley, y debe ser vinculante para la Fiscalía Nacional Económica. Esto dado que, al decir de REYES, “la idea es dar certeza, lo mejor es que haya una fórmula de cálculo y que sea la fórmula de cálculo de la Fiscalía, que quizá debiera estar en el 22 o en el 39 y no en el 26 que se aplica al Tribunal. A lo que voy es que la Fiscalía, si pudiera tener una maquinita o un sistema que permitiera saber cuánto la Fiscalía va a pedir, podría ofrecer un porcentaje que sea traducible en una cifra mental que le diga al empresario “te conviene ir a negociar a Fiscalía”¹⁴³.

Por otra parte, respecto del tribunal, deben removerse los topes modificando el artículo 26 del Decreto Ley 211, y asegurar solamente un mínimo de condena para efectos disuasivos, que consista en que la pena por colusión a una firma que no califica para acceder a ningún beneficio de reducción no puede jamás ser menor al daño causado por ésta en un cartel. El tope vendría dado por lo establecido en el artículo 19 N° 26 de la Constitución política, puesto que “no puede afectar en la esencia los derechos de las empresas. No puede hacer que una empresa desaparezca”¹⁴⁴

Ha de notarse que estas propuestas aplican solamente a la firma, es decir, al agente empresa (sea individual, grupo de personas sin personalidad

¹⁴³ REYES, Cristián. Entrevista. op. cit. ANEXO I, p. 9

¹⁴⁴ Ibídem p. 8

jurídica o derechamente persona jurídica). Para los agentes de estas personas – ejecutivos y empleados – se proponen otras medidas.

En resumen, este trabajo propone que se modifique la ley y las políticas orientadoras de la institucionalidad, de manera tal que se establezca un sistema de multas sin tope, con un mínimo de aplicación para el tribunal, y siguiendo una fórmula pre-determinada por parte del órgano persecutor como la que se establece más arriba.

4.2.2 Introducción de penas privativas de libertad.

Si bien existen opiniones muy contrarias a la sanción penal de este tipo de conductas¹⁴⁵, en el Capítulo II ya se trataron las razones por las que parece conveniente y deseable establecer penas privativas de libertad para los ejecutivos, empleados u otras personas de la compañía cartelizada que participen del acuerdo colusorio¹⁴⁶. Este trabajo sostiene aquí que deben introducirse estas penas privativas de libertad para lograr la necesaria severidad en las sanciones. Recordando lo dicho por HAMMOND, la cárcel produce un efecto disuasivo que no tiene parangón¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Por ejemplo, la expresada por MENCHACA, Tomás, presidente del Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [En línea]: <http://static.pulso.cl/20141003/2013282.pdf>

¹⁴⁶ Vid Supra, Capítulo II.

¹⁴⁷ HAMMOND, op. cit.

Y si se dice “introducirse” es porque se estima que actualmente no existen, o no existen como debieran existir. Esto, porque el artículo 285 del Código Penal puede estimarse como tácitamente derogado, atendido que existía una pena privativa de libertad específica para la colusión en el Decreto Ley 211 que fue eliminada; y porque estimamos que debe existir un tipo específico de colusión, y que esta conducta no debiera enmarcarse en ningún otro tipo penal, por las razones que se expresarán más adelante al revisar la transparencia en el cumplimiento de las normas, en este mismo capítulo.

Es importante que esta pena de cárcel sea efectiva. Esto, no sólo por el poder disuasivo que debe tener, siguiendo a los autores que dicen que la cárcel como sanción es invaluable; sino porque además produce una pérdida de ingresos que sí es puede ser valorada en dinero y fácilmente puede incorporarse en el cálculo de costo – beneficio de un agente racional. Al decir de ESCOBAR, la pena privativa de libertad importa “asumir un costo de oportunidad a la hora de tomar la decisión. Parte de la base de que el primer costo son tus ingresos. O sea, entraste en la cárcel y una cierta cantidad de tus ingresos, de una cierta cantidad, se fueron a cero. Por lo tanto ya tienes que asumir un costo.”¹⁴⁸

¹⁴⁸ ESCOBAR, Gonzalo. Entrevista, op. cit. ANEXO II, p. 2.

A modo ilustrativo, se proponen a continuación las siguientes modificaciones legislativas, consistentes en una pena asociada al eventual tipo penal de colusión; una redacción del tipo mismo; y consideraciones en torno al cumplimiento mediante pena sustitutiva.

Respecto de lo primero, estimamos que la colusión debiera ser penada, como mínimo, con presidio menor en su grado máximo, que recorre desde tres años y un día a cinco años. En términos comparados, esta pena es bastante baja¹⁴⁹. Pero se propone este mínimo pues es cercano a las penas que nuestra legislación punitiva contempla para los delitos de asociación ilícita, hurto y delitos de defraudación, cuyo disvalor es asimilable al de la colusión.^{150 151}

La redacción del tipo debiese ser lo suficientemente específica para excluir a conductas que no consistan en la formación y mantención de carteles; pero lo suficientemente amplia para no dejar ningún tipo de colusión dura (*hard core cartel*) fuera. En este sentido, y recogiendo lo establecido en el injusto monopólico del artículo 3 letra a) del Decreto Ley 211, se propone aquí la siguiente redacción:

¹⁴⁹ En los Estados Unidos y Australia, esta pena puede alcanzar los 10 años. En Canadá, puede llegar hasta 14 años de cárcel. Vid. ESCALONA, Eduardo, "Informe Comparado en Derecho de la Libre Competencia", Estudio de Trasfondo Grupo Res Pública, [s.a.], p. 22.

¹⁵⁰ Vid. CONNOR, op. cit

¹⁵¹ Vid. CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal.

Figura N° 6: Ejemplo de tipificación de la colusión.

“Los que celebren o ejecuten acuerdos expresos o tácitos entre competidores que tengan por objeto fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación, sufrirán la pena de presidio menor en su grado máximo.

No sufrirán esta pena quienes sean eximidos de sanciones por ser beneficiarios del programa de delación compensada del artículo 39 del Decreto Ley N°211, cumpliendo todos los requisitos legales, y siendo individualizados en la forma prevista por las leyes y reglamentos de esa sede.”

Finalmente, es preciso establecer un mecanismo que permita el cumplimiento efectivo de la pena, para lograr los efectos disuasivos deseados. Esto, teniendo en cuenta nuestra legislación que permite el beneficio de cumplimiento mediante pena sustitutiva¹⁵²; y que las personas que podrían sufrir este tipo de penas suelen tener a su favor a lo menos un atenuante, cual es el de irreprochable conducta anterior¹⁵³. Para lograr este objetivo puede pensarse en a lo menos dos mecanismos, a saber: la imposición de penas elevadas que, luego de la aplicación de las atenuantes correspondientes, sigan

¹⁵² Vid. CHILE. 1983. Ministerio de Justicia. Ley N° 18.216. Establece Penas que indica como sustitutivas a las penas restrictivas o privativas de libertad. Mayo 1983.

¹⁵³ Vid CHILE. 1874. Código Penal. Noviembre 1874. Art. 11 N° 9.

suponiendo el cumplimiento efectivo de una pena; o establecer una excepción, en la práctica, de la posibilidad de cumplimiento alternativo.

La primera alternativa, empero, supondría el establecer una pena muy alta para los delitos a los cuales la colusión puede ser “análoga moralmente”, al poder ser vista, según se explicó, como robo o como defraudación. Para poder mantener la pena ya sugerida, es necesario optar por la vía de la excepción. Y si bien esto puede producir objeciones, ya existe en nuestro país legislación que contempla salvedades de ese tipo.

Se propone aquí entonces utilizar el mismo mecanismo de la Ley N° 20.770 “[que] modifica la Ley del Tránsito, en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves, gravísimas o, con resultado de muerte” (conocida popularmente como “Ley Emilia”) para asegurar el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad, estableciendo que “la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere condenado”¹⁵⁴.

¹⁵⁴ CHILE. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Ley n° 20.770 modifica la Ley del Tránsito, en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves, gravísimas o, con resultado de muerte. Septiembre 2014. Artículo 1º Numeral 7.

En síntesis, se propone la introducción de las penas privativas de libertad para los carteles, mediante el establecimiento de un tipo específico para la colusión; una condena de presidio menor en su grado máximo; y la suspensión de la aplicación de beneficios de cumplimiento alternativo para que esta pena sea efectiva.

Con todo, es necesario reconocer que la determinación adecuada de una pena; la redacción del tipo penal; las modificaciones necesarias a la legislación punitiva; y la resolución de problemas de autoría y participación, entre otros, requieren de un sesudo y pormenorizado análisis, propio de las ciencias penales, que excede los límites de este trabajo.

4.3 Temor de Detección.

En cuanto al temor de detección, parece indubitado que la existencia de las facultades intrusivas detentadas por la Fiscalía Nacional Económica contribuyen al fortalecimiento de esta piedra angular. Sin embargo, como se diagnosticó, es necesario el establecimiento de un programa individual claramente diferenciado, a efectos de producir el efecto “Carrera al Tribunal” dentro de la compañía, entre otros efectos deseables¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Vid Supra, Capítulo II.

4.3.1 Programa Individual

Este programa tendrá los efectos deseados siempre y cuando exista sanción individual de cárcel. Al decir de REYES, “si yo, empresa X, veo que un empleado mío se delata, yo lo que haría sería entregar a los leones a ese empleado, y hacerme como empresa, como dueño o presidente de la sociedad, hacerme el desentendido y decir “yo no tenía idea de lo que estaba haciendo esa persona” y no termina siendo un incentivo real. Porque al final de cuentas cuando es una persona natural, y esa persona natural se coludió, efectivamente la colusión individual abarca a quien se coludió. Pero si un ejecutivo se delata, se delata a sí mismo pero no necesariamente a la empresa. Entonces no se produce el efecto de que la empresa se reconozca culpable, de que la empresa tenga beneficios, ninguno de esos efectos. Entonces yo creo que el mejor sistema no va por el lado, por lo menos en Chile, de que haya un sistema individual, que está más relacionado con las penas de cárcel. Si tuviéramos penas de cárcel podría pensarse en un sistema individual”¹⁵⁶.

Debe entonces pensarse en un programa individual teniendo en cuenta estos posibles efectos adversos, y sólo en el caso de que se cuente con penas privativas de libertad.

¹⁵⁶ REYES, Cristián. Entrevista op. cit. ANEXO I, p. 8

Así, un programa individual de delación compensada debe contemplar características propias, exigiendo – por ejemplo - que la información entregada permita dirigirse contra la empresa en juicio (y no solamente que se trate de evidencia contra el ejecutivo). También debiese prescindir de la exigencia de cesar la conducta que aplica para las empresas, por cuanto el continuar durante cierto tiempo con la conducta puede ser útil para recabar mayores antecedentes o colaborar en el ejercicio de las facultades intrusivas. De esta manera, sí es posible producir el efecto de “Carrera al Tribunal”, pues la empresa coludida sabe que compite también con sus empleados por el beneficio de exención, y que sus empleados tienen un poderoso incentivo para delatar a la empresa: evitar la cárcel.

4.3.2 Recompensas.

Quizá una de las medidas más avezadas y polémicas que se han propuesto para combatir carteles es la entrega de recompensas a los delatores. Esta sola idea suele encontrar resistencia tanto desde la crítica moral como desde la posibilidad de que produzca efectos perversos. Al respecto, REYES señala que “creo que la mejor recompensa es precisamente que te expulsen de cárcel. La recompensa es mucho mejor para un sistema en que un individuo no

está involucrado”¹⁵⁷. ESCOBAR, por su parte, hace notar la reacción adversa en términos culturales que esto podría tener de implementarse en nuestro medio, expresando que “Si ya el sistema en sí no funciona por el hecho de que culturalmente, o mejor dicho, nuestra cultura no acepta el soplónaje, porque de cierta forma es soplónaje, imagínate que vayas a delatar a alguien y te paguen más encima. No, no creo que sea una mejora al momento de modificar el esquema. Si ya es mal visto acusar a alguien, imagínate que te paguen por acusar o por entregarte.”¹⁵⁸. En la misma línea se señaló en el Capítulo II que no existe aún suficiente evidencia empírica – sin perjuicio de la evidencia teórica disponible¹⁵⁹ - para asegurar los efectos positivos de la entrega de recompensas a delatores individuales.

Sin embargo, es importante tener en cuenta también las ventajas que la implementación de esta medida podría tener, las que ya fueron explicadas¹⁶⁰, y que consisten básicamente en encarecer la colusión, dificultarla al crear o exacerbar problemas de agencia, y estimular la delación. Debe tenerse presente además que dado el ostracismo y represalias que podrían sufrir los delatores individuales, es necesario protegerles de alguna forma.

¹⁵⁷ REYES, Cristián. Entrevista. op. cit. ANEXO I, p. 11.

¹⁵⁸ ESCOBAR, Gonzalo, Entrevista. op. cit. ANEXO II, p. 2.

¹⁵⁹ Vid. AUBERT, REY y KOVACIC, op cit.; también CALLAHAN y DWORKIN, op. cit.

¹⁶⁰ Vid. Supra, Capítulo II.

En este sentido, sostenemos que la entrega de recompensas a delatores individuales es un tema que requiere mayor estudio, excediendo los límites de este trabajo. No obstante, consideramos que si la entrega de una parte de la multa a un delator individual es vista como parte de un programa para protegerle más que una recompensa, pueda quizá tener mayor aceptación, además de enfocarse como política pública más en la protección de quienes atraviesan el Puente de Oro de vuelta a la legalidad que un botín para quien traiciona a sus compañeros.

4.3.3 Protección de Identidad de los Delatores

Se propone aquí buscar medidas que tiendan a proteger la identidad de los delatores individuales, puesto que el temor a represalias de todo tipo bien puede desincentivarlos a auto-denunciarse. Esto implicaría eliminar el requisito de individualización de los beneficiarios del programa individual de clemencia que se propuso.

Es necesario reiterar, sin embargo, la necesidad de revisar la implementación de una prestación monetaria como contrapartida a la delación individual. Esto, pues la altísima concentración de la propiedad y la tendencia a la formación de oligopolios en nuestra economía, que es de sobra conocida, impedirá el mantener en el anonimato a un eventual delator individual, y le hará

sufrir las consecuencias de las que se trató en capítulos anteriores. En este sentido, la entrega de una “recompensa” sería más bien una forma de protección al delator individual más que un mecanismo más para incentivar la delación, compensando la muy probable pérdida de trabajo y de oportunidades laborales que sufriría como represalia un ejecutivo que delate a su compañía.

4.4 Transparencia en el Cumplimiento de las Normas

Esta piedra angular del sistema es particularmente sensible, toda vez que sin transparencia, certeza y predictibilidad en el cumplimiento de un programa de amnistía en sede antimonopólica, el establecimiento de sanciones duras y el temor a ser detectado no favorecerán la auto-denuncia ni la volverán una estrategia de juego dominante. En este sentido, las mejoras que aquí se proponen buscan el volver lo más transparente, mecánico y no discrecional el cumplimiento del programa chileno de delación compensada.

La idea es, parafraseando lo dicho por HAMMOND, que un agente sepa con el mayor grado posible de certeza qué le sucederá en caso de delatar y a qué se ve expuesto en caso de no delatar¹⁶¹.

¹⁶¹ Vid. HAMMOND, op cit.

4.4.1 Eliminación del artículo 285 del Código Penal y de cualquier arista penal.

Según se dijo anteriormente, la existencia del artículo 285 nuestro Código Penal se ha convertido en una fuente de incertidumbre para los agentes, pues no sabrán si obtienen total inmunidad. Es por esto que de plano se propone la eliminación del artículo 285 de nuestro principal cuerpo de legislación punitiva.

Sin embargo, esta no es la única “arista penal” que podría existir en libre competencia. Por ejemplo, respecto de la colusión en procesos de licitación pública, señala REYES que “El delito de fraude al fisco también puede ser materia de problema penal cuando estamos en presencia del bid rigging. Y no sé si los proyectos de ley han visto eso. (...) ojo que ese flanco está abierto, así que yo agregaría en el análisis esa posibilidad. Ahora, también agregaría los proyectos de ley, que yo creo que los proyectos de ley no lo hayan contemplado, salvo un proyecto de ley que sea general, porque en general se refieren al artículo 285 puntualmente. Yo no he visto proyecto de ley que diga, por ejemplo “todos los aspectos penales”, independiente del artículo – porque un buen penalista, si se elimina el artículo 285, puede buscar otro – que descarte todos los temas penales y abarque este tema”¹⁶².

¹⁶² REYES, Cristián. Entrevista. op. cit. ANEXO I, p. 1

Por lo tanto, la propuesta de eliminación de el artículo 285 del Código Penal no puede quedarse sólo en eso, sino que debe contemplar una reforma integral a la legislación penal, que permita “despenalizar” la colusión totalmente, de manera que no haya amenazas de cárcel para ésta fuera de la legislación específica.

Se reitera, sin embargo, que este trabajo propone la penalización de los carteles con sanciones de cárcel. Lo que se busca entonces es eliminar cualquier criminalización de la colusión que no se incluya en el tipo específico para ésta que se propone introducir más arriba.

Lo anterior nos lleva a un tema procesal, cual es el ejercicio de la eventual acción penal que nacería de la introducción del tipo específico de colusión.

4.4.2 Control de la Acción Penal

Según lo señala REYES, “en un sistema sano de libre competencia el Fiscal Nacional Económico debería tener la manija para ver si absuelve o no absuelve a una persona para efectos de que no sea sancionada en sede de libre competencia. Si se quiere agregar la penalidad, la idea de muchos –

incluida la Fiscalía, por lo menos hasta el último tiempo – es que el Fiscal también tenga la manija para decidir si es que un determinado caso, lo envía o no lo envía a sede penal. Por lo tanto si yo, empresa que me quiero delatar, voy al fiscal económico, el proyecto ideal para la Fiscalía – y yo creo que también para las empresas – es que el Fiscal económico, si me va a dar el perdón, porque soy primero, también pueda decidir darme el perdón en materia penal, por lo tanto darle el monopolio de la acción penal al fiscal económico.”¹⁶³

Sostenemos que esta es la mejor alternativa, desde el punto de vista del buen funcionamiento de un sistema de delación compensada, para implementar la persecución y sanción penal a quienes formen o mantengan carteles.

Esta es una mejor alternativa que, por ejemplo, la solución existente en Brasil, en la que los órganos de persecución penal deben concurrir a firmar el acuerdo de amnistía entre el beneficiario y la SDE (equivalente de la FNE chilena), existiendo incluso objeciones de constitucionalidad de esa práctica en aquél medio¹⁶⁴. Y ciertamente es una solución que otorga mayor certeza que una propuesta por el Ministerio Público, la que implica que “el Fiscal efectivamente tenga la posibilidad de llegar a acuerdo en sede de libre competencia, pero que de todas maneras esos antecedentes pasen a un juez

¹⁶³ *Ibidem* p. 2

¹⁶⁴ *Ibidem* p. 2. Ver también FRANCO, “Leniency in South America: Making Brazilians Blow the Whistle” *op. cit.*

de garantía, por ejemplo, para que ese juez evalúe los antecedentes para ver si hay mérito o no para pasar a un juicio penal. Algo así como una especie de posibilidad... es como entregarle la manija al juez penal”¹⁶⁵. Esta última posibilidad supone consolidar la incertidumbre que actualmente existe, pues en la práctica lo que sucede es que el Ministerio Público evalúa antecedentes y conforme sus propios criterios decide si presentar un requerimiento o no. Por la incertidumbre que produce y su alto grado de discrecionalidad parece que esta solución debe ser descartada de plano, manteniendo entonces la primera propuesta como una solución óptima.

Respecto de su implementación, requiere por supuesto de un estudio pormenorizado que excede los límites de este trabajo. Sin embargo, es posible aventurar que la solución pasa por una modificación a la legislación procesal penal, donde se entregue la acción penal al Fiscal Nacional Económico, o se conciba la determinación de éste de perseguir a ciertos individuos como una etapa análoga a la “previa instancia particular” que requieren algunos delitos para que investigue el Ministerio Público.

El punto principal de esta propuesta es, en definitiva, que el Fiscal Nacional Económico tenga el control sobre la acción penal, de tal manera que

¹⁶⁵ REYES, Cristián. Entrevista. op. cit. ANEXO I, p. 4

pueda asegurar la inmunidad a los beneficiarios del programa individual de delación compensada.

4.4.3 Orden de Llegada.

Este trabajo es de la postura que debe premiarse con inmunidad total al primer delator, dejando fuera del programa de delación compensada las eventuales reducciones u otros beneficios para los siguientes. Esta forma de conceder el beneficio es la adoptada como presupuesto por HAMMOND¹⁶⁶, y es parte de las conclusiones de los modelos de SPAGNOLO¹⁶⁷ y CHEN y REY¹⁶⁸, estimándose como la mejor para provocar el efecto *Race to the Courthouse*.

Lo anterior no quiere decir que los agentes que no sean los primeros en delatar no deban acceder a ningún tipo de trato clemente. Pero este puede concederse fuera del marco del programa de amnistía, mediante la propuesta y suscripción de acuerdos extrajudiciales. Esto, que parece muy extranjero – análogo a la institución del *plea bargain* de las jurisdicciones anglosajonas – ya tiene antecedentes en Chile, siendo paradigmático el acuerdo entre la Fiscalía Nacional Económica y Farmacias Ahumada en el llamado “Caso Farmacias” aún antes de la existencia del programa chileno de delación compensada.

¹⁶⁶ Vid. HAMMOND, op. cit.

¹⁶⁷ Vid. SPAGNOLO, “Divide et Impera...”, op. cit.

¹⁶⁸ Vid. CHEN y REY, op. cit.

En este sentido, se propone eliminar los beneficios para los delatores que no lleguen primeros del programa de delación compensada, con el objeto de incrementar el efecto de “Carrera al Tribunal” anteriormente descrito.

4.4.4 Regulación de la indemnización civil.

Como último punto de la transparencia en el cumplimiento de las normas, este trabajo propone la eliminación de la responsabilidad civil para el agente que delate. Esto es, que no pueda ser demandado por los perjuicios que haya ocasionado con la formación del cartel. En palabras de IRARRÁZABAL, Fiscal Nacional Económico a la fecha de redacción de este trabajo, “Yo creo que nadie duda que al delator se le tiene que dar un blindaje total. Incluso se podría discutir, lo que sería una innovación, si se le pudiese dar un blindaje también respecto de las acciones de indemnización de perjuicios”¹⁶⁹.

Conforme lo estudió SPAGNOLO, la existencia de la posibilidad de una demanda por responsabilidad civil por los daños derivados de una colusión importan que los “premios” para los delatores deben ser incrementados para compensar esta eventual pérdida, por lo que “en la práctica, esto implica que

¹⁶⁹ CORTÉS, Víctor. Fiscal Felipe Irarrázabal: “La delación compensada es el mecanismo que empíricamente ha logrado desbaratar los carteles” op. cit.

los programas actuales (...) serían programas óptimos moderados sólo si protegiesen a una firma denunciante de ser demandada por daños”¹⁷⁰. Lo anterior refuerza la propuesta descrita en este acápite.

Sin embargo, debe tenerse cuidado con la implementación de esta inmunidad total, pues ciertas alternativas pueden dejar sin la indemnización correspondiente a los consumidores o a otros agentes dañados por la colusión, lo que sería a todas luces injusto.

Lo anterior puede remediarse obligando a los demás miembros del cartel condenado a cubrir este beneficio, dejando a salvo al beneficiario y consolidando su inmunidad, e incrementando la severidad de las sanciones.

Por lo tanto, lo que se propone es una modificación de la legislación civil concerniente al derecho de daños, de manera que los beneficiarios – empresas y personas – del programa de delación compensada no respondan por estos daños, debiendo concurrir los demás miembros condenados del cartel, proporcionalmente, al pago de los daños que correspondería cubrir al primer delator.

¹⁷⁰ SPAGNOLO, “Divide Et Impera...” op. cit. p. 28. [Traducción Propia].

4.5 Síntesis de las Propuestas de Solución

Resumiendo, este trabajo propone las siguientes modificaciones (o aspectos a estudiar para introducir mejoras, en su caso).

Figura Nº 7: Listado de propuestas de solución.

- 1) En cuanto a la Severidad en las Sanciones:
 - i) Establecimiento de un sistema proporcional de multas, que tome en cuenta el daño, y sin tope más allá de los derechos esenciales de la empresa.
 - ii) Criminalización de la colusión mediante un tipo penal específico para esta.
- 2) En cuanto al Temor de Detección:
 - i) Introducción de un Programa Individual de Delación Compensada.
 - ii) Estudio del otorgamiento de recompensas o compensaciones monetarias a los delatores.
 - iii) Estudio de medidas de protección de identidad para los delatores.
- 3) En cuanto a la Transparencia en el cumplimiento de las Normas.
 - i) Derogación expresa del artículo 285 del Código Penal y revisión de cualquier “arista” penal que pueda introducir incertidumbre.

- ii) Entrega del control de la acción penal al Fiscal Nacional Económico, introduciendo las modificaciones a la legislación procesal penal pertinentes para lograr este objetivo.
- iii) Exención de responsabilidad civil de los beneficiarios del programa, obligando a quienes no son beneficiarios a concurrir al pago de la parte de los daños que correspondería a estos.

Esta síntesis puede expresarse en el siguiente cuadro resumen:

Figura Nº 8: Paralelo entre el la situación actual y las propuestas de mejora.

SITUACIÓN ACTUAL	PROPUESTA DE MEJORA
Sistema de multas con un tope fijo de hasta 30.000 UTA	Sistema de multas proporcional sin más tope que los derechos esenciales de la empresa
Colusión no tipificada penalmente de manera específica	Criminalización de la colusión con un tipo específico
Ausencia de un Programa Individual de Delación Compensada	Introducción de un Programa Individual de Delación Compensada
Inexistencia de recompensas o protección para delatores individuales	Estudio para introducción de recompensas y protección de delatores individuales
Tipificación incierta del artículo 285 del Código Penal	Derogación del artículo 285 del Código Penal
Acción Penal en manos del Ministerio Público	Control de la Acción Penal del Fiscal Nacional Económico
Delator civilmente responsable	Delator exento de responsabilidad civil

*"We are the ones
who can save the world
we are the Bringers of Rain
We must unite our divided clan
'cause in the end we are all the same"
Delta – Bringers of Rain*

CONCLUSIONES

En un principio, este trabajo pretendía presentar como conclusiones las propuestas de mejoramiento al sistema de delación compensada que se expresan en el Capítulo IV. Luego de cierta reflexión, sin embargo, se opta por utilizar este espacio para establecer algunas consideraciones finales.

Respecto del funcionamiento del programa chileno actual puede decirse que data del año 2009, y hasta el 2014 sólo se conocen tres casos de delación compensada. Es decir, existen 0,6 postulaciones por año, cifra menor a la que se obtenía en los Estados Unidos antes de las modificaciones sufridas por su programa de clemencia que fueron descritas en el Capítulo I. Si tomamos en cuenta uno de los hallazgos de Klein¹⁷¹, un programa de delación compensada demora en promedio un año en hacer efecto. Después de cinco años, no parece pertinente sacar cuentas alegres respecto de nuestro programa de amnistía.

Asimismo, es necesario observar estos casos con mayor detalle. En el llamado caso “Compresores” se trataba de un cartel internacional, cuyas

¹⁷¹ KLEIN, Gordon, op. cit.

sanciones no alcanzarían a los ejecutivos de la compañía que delató¹⁷². Y en el llamado “caso Farmacias”, la avezada estrategia de realizar una delación compensada “de facto” suscribiendo un acuerdo extrajudicial con la autoridad obedecía más a la necesidad de tener la empresa “saneada” que al ánimo de delatarse para librarse de sanciones¹⁷³. Esto nos reduciría los casos a dos, y nuestra “tasa de delación”, por llamarla de alguna manera, a un 0,4 anual.

Lo anterior explica la actitud de los abogados de la plaza. Según explica REYES, “He hablado con colegas y me han dicho que todas las personas que se les han acercado respecto de una posible delación les dicen que no [postulen al beneficio]”¹⁷⁴. Esto es muy coherente con el análisis hecho por este trabajo: los agentes no confían en los beneficios del sistema; no le temen demasiado a ser detectados por otras vías; ni le resultan disuasivas sus sanciones.

Con esto se quiere dar cuenta de la necesidad y la urgencia de mejorar nuestro sistema. Dicho eso, finaliza este trabajo con algunas prevenciones en cuanto a sus propuestas de solución.

¹⁷² Vid. REYES, Cristián, Entrevista. op. cit. ANEXO I.

¹⁷³ Vid. ESCOBAR, Gonzalo, Entrevista. ANEXO II.

¹⁷⁴ REYES, Cristián, Entrevista. op. cit. ANEXO I, p. 6.

En primer lugar, se hace notar que el perfeccionamiento de nuestro sistema de delación compensada requiere de un estudio profundo y a conciencia de todo el entramado legislativo que pueda afectar a un agente involucrado en la ejecución de este programa. En este sentido, las propuestas ya enumeradas, como se dijo, representan vías de solución a estos problemas y no una solución definitiva de ellos. La implementación de eventuales cambios tanto legislativos como reglamentarios – o simplemente de ejercicio de facultades, esto es, prácticas de las autoridades – requiere de un análisis pormenorizado de las consecuencias que éste pueda tener. Muestra de ello es que la implementación del sistema de delación compensada no tuvo en cuenta lo que aquí se ha llamado “arista penal”, que es uno de sus grandes problemas.

En segundo lugar, no obstante, es importante el consolidar un programa de amnistía generoso a la vez que se fortalecen las sanciones en sede de libre competencia. Según lo dice SPAGNOLO un programa moderado de libre competencia puede tener efectos adversos¹⁷⁵. El cuidado, la medida, y el estudio sesudo de la implementación de las reformas que se propongan no puede convertirse en un ajuste timorato o cosmético so pretexto de “hacer las cosas con cuidado”. En tal caso, el remedio sería peor que la enfermedad.

¹⁷⁵ Vid. SPAGNOLO, “Divide et Impera...” op. cit.

Este trabajo concluye, finalmente, con una nota de esperanza. Basta una lectura a la prensa o una conversación de pasillo en una facultad de Derecho o de Economía para reparar en el hecho que la conciencia de que los carteles existen y que son un mal para nuestra economía y nuestra sociedad está creciendo. La “delincuencia corporativa”, por rampante y consolidada que pueda estimarse, está en la mira de la indignación ciudadana. Y es la ciudadanía la que puede posibilitar, mediante su acción cívica, la implementación correcta de estos cambios. Esto invita a pensar en soluciones sin restringirse por el contexto conservador en el que puedan darse las discusiones sobre estas materias, pues puede contarse con una ciudadanía avezada e interesada en combatir estos males. Este limitado trabajo sólo espera ser una voz más en este sentido, con el horizonte puesto, al decir de Andrés Bello, en “Chile y las necesidades de su pueblo”, y con la esperanza intacta.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGOSTINI, Claudio, "Institucionalidad e Incentivos para la Libre Competencia". Revista En Foco [s.a.]
2. AUBERT, Cécile, REY, Patrick y William E., KOVACIC, The impact of whistle-blowing and leniency programs on cartels, Elsevier - International Journal of Industrial Organization, 2006.
3. BECKER, Gary S., Crime and Punishment: an Economic Approach, University of Chicago, 1968.
4. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.361 Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Economía, Fomento y Reconstrucción de 2004, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 13 de julio, 2009
5. CALLAHAN, Elletta S. And DWORKIN, Terry M., "Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act", 37 Villanova Law Review 273. 1992.
6. CHEN, Zhijun y REY, Patrick, "On the Design of Leniency Programs". Toulouse School of Economics. 2012.
7. CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal. Noviembre 1874.
8. CHILE. Ministerio del Interior.. Ley 18.314. Determina conductas terroristas y fija su penalidad. Mayo 1984.

9. CHILE. Ley 20.000. Ministerio del Interior. 2005. Sustituye la Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Febrero 2005.
10. CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2009. Ley N° 20.361: Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que . de 2005, sobre Tribunal de Defensa de Libre Competencia. Julio 2009.
11. CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Ley N° 19.911 que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2004.
12. CHILE. Fiscalía Nacional Económica, “Guía Interna sobre Beneficios de Exención y Reducción de Multas en Casos de Colusión”, 2009
13. CHILE. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. “Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión. Versión Preliminar para consulta pública”. 11 de Noviembre de 2014.
14. CHILE. 2014. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Ley N° 20.770 Modifica la Ley de Tránsito, en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves, gravísimas o, con resultado de muerte. Septiembre 2014
15. CONNOR, John, FOER, Albert y UDWIN, SIMCHA. “Criminalizing Cartels – An American Perspective”. New Journal of European Criminal Law, Vol. 1, Issue 2, 2010

16. CONNOR, John y LANDE, Robert, "Optimal Cartel Deterrence: An Empirical Comparison of Sanctions to Overcharges". Selected Works of Robert H. Lande, 2011
17. CORTÉS, Víctor. Fiscal Felipe Irarrázabal: "La delación compensada es el mecanismo que empíricamente ha logrado desbaratar los carteles" La Tercera, 9 de Noviembre de 2014. [En Línea]:
<http://www.latercera.com/noticia/negocios/2014/11/655-603774-9-fiscal-felipe-irrazabal-la-delacion-compensada-es-el-mecanismo-que.shtml>
18. DIJKSTRA, Peter; HAAN, Marco y SCHOONBEEK, Lambert, "Leniency programs and the Design of Antitrust: Experimental Evidence with Rich Communication", University of Groningen, 2014
19. ESCALONA, Eduardo, "Informe Comparado en Derecho de la Libre Competencia", Estudio de Trasfondo Grupo Res Pública, [s.a.]
20. FRANCO G., Adriana " Leniency in South America: Making Brazilians Blow the Whistle". Boletín Latinoamericano de Competencia, Febrero 2006
21. GÁRATE , Oscar A. 2013. El ilícito Anticompetitivo de Colusión. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
22. GONZÁLEZ, Aldo, 2007. La delación compensada o amnistía en la lucha anti carteles, Trabajos de Investigación en Políticas Públicas, Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile, 2007

23. GONZÁLEZ, Aldo, [s.a.] Conceptos y Aplicación de la Delación Compensada en la Persecución de los Carteles, Revista En Foco.
24. HAMMOND, Scott, “Cornerstones of an effective Leniency Program”, ICN, 2004
25. HARRINGTON, Joseph y CHANG, Myong- Hun, “ Endogenous Antitrust Enforcement in the Presence of a Corporate Leniency Program” Working Paper Cleveland State University. 2012
26. IRIARTE, Laura: “Fiscalía Centro Norte formalizó a 17 ejecutivos del caso farmacias por alteración de precios”, La Tercera, 17 de Marzo de 2011. [en línea]: <http://www.latercera.com/noticia/negocios/2011/03/655-352080-9-fiscalia-centro-norte-formalizo-a-17-ejecutivos-del-caso-farmacias-por.shtml>
27. KING, David, “Criminalization of Cartel Behaviour”, Ministry of Economic Development, Nueva Zelanda, 2010
28. KLEIN, Gordon, Cartel Destabilization and Leniency Programs – Empirical Evidence, Centre for European Economic Research.
29. MONTI, Mario, Fighting Cartels Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour? 3rd Nordic Competition Policy Conference Stockholm, 11-12 September 2000.
30. MOTTA, Massimo y POLO, Michelle, Leniency Programs and Cartel Prosecution, 1999.

31. MOTCHENKOVA, Evguenia, “The effects of leniency programs on the behaviour of the firms participating in cartel agreements” , Tilburg University, Holanda. [s.a.]
32. NEYRINCK, Norman, “Granting Incentives, Deterring Collusion: The Leniency Policy”. Working Paper, Institut d’Etuds Juridiques Europeennes, Nº 2. Liege, 2009
33. OCDE, “Cartel Sanctions Against Individuals”, 2005
34. PÉREZ V., Ximena, “Cuánto le cuesta a las Empresas y Empresarios defenderse en Chile”. 7 de Junio de 2014. El Mostrador Mercados. [en línea] <http://www.elmostradormercados.cl/destacados/cuanto-le-cuesta-a-las-grandes-empresas-y-empresarios-defenderse-en-chile/>
35. POSNER, Richard, “Optimal Sentences for White-Collar Criminals”, University of Chicago Law School, 1980.
36. SPAGNOLO, Giancarlo, “Leniency and Whistleblowers in Antitrust” en BUCCIROSSI, Paolo, “Handbook of Antitrust Economics”, MIT Press, 2008.
37. SPAGNOLO, Giancarlo, Divide Et Impera: Optimal Deterrence Mechanisms Against Cartels and Organized Crime, University of Manheim, 2003.
38. SULLIVAN, Kevin; BALL, Kate; y KLEBOLT, Sarah, “The potential impact of adding a Whistleblower Rewards Provision to ACPERA”. The Antitrust Source, 2011. [en línea]:

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/oct11_sullivan_10_24f.authcheckdam.pdf

39. Supreme Court of the United States, 2004. 540 U.S. 398; 2004-1 TRADE Cas. (CCH) ¶ 74,241. VERIZON COMMUNICATIONS INC. v. LAW OFFICES OF CURTIS V. TRINKO, LLP Apartado III.
40. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2012 Sentencia N° 119 C-184-08 “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros”.
41. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° Rol C-207-10 “Requerimiento de la FNE contra Tecumseh do Brasil Ltda. y Otro” 2013.
42. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2014. Sentencia N° 133 Rol C-224-11 “Requerimiento de la FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros”
43. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2014. Sentencia N° 139 Rol C-236-11 “Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros”.
44. UNIÓN EUROPEA. 2006. Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003
45. VEGA, Ana L. 2011. “Eficacia de la delación compensada en materia de libre competencia en el derecho chileno. Análisis comparativo con el

Programa de Clemencia de la Unión Europea”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2011

46. Zhou, J., “Evaluating Leniency with Missing Information on Undetected Cartels: Exploring Time Varying Policy Impacts on Cartel Duration”. 2013.
[en línea]:<http://ssrn.com/abstract=1798424>

ANEXO I. ENTREVISTA CRISTIÁN REYES CID

CRISTIÁN REYES CID.

Ex Jefe de la División de Litigios de la
Fiscalía Nacional Económica.

Entrevistador: Vicente Saiz Unda.

Santiago, 10 de Diciembre de 2014

VSU: Estamos en la primera entrevista. Voy a proceder a hacer las preguntas. Aquí tengo una pauta para la entrevista en la cual hay tres problemas que tiene el sistema chileno de delación compensada. Están estructurados en torno a estas tres piedras angulares que son la severidad en las sanciones; el temor en la detección y la transparencia en el cumplimiento de las normas.

En ese sentido, en cuanto a la severidad de las sanciones se detecta que las sanciones son poco severas porque incluyen multas bajas y no hay penas privativas de libertad. En cuanto al temor de detección, estaría faltando un programa individual diferenciado de delación compensada con incentivos claros, posiblemente recompensas; y en tercer lugar en cuanto a la falta de certeza y de transparencia tiene que ver con la existencia del artículo 285 del Código Penal, que es la pena de cárcel para “los que alteraren el precio natural

de las mercancías” que no está integrada en el sistema de libre competencia ni menos en la delación preguntada. Entonces lo que te quería preguntar en primer lugar ¿estarías de acuerdo con este diagnóstico? ¿Crees que se queda corto? ¿qué excede?

CRC: Yo creo que está bien, te agregaría un último punto, hubo un caso... no sé en que terminó... Pero ojo, que el artículo 285 no es el único problema. Otro problema es el delito de fraude al fisco. El delito de fraude al fisco también puede ser materia de problema penal cuando estamos en presencia del bid rigging. Y no sé si los proyectos de ley han visto eso. Pero yo me acuerdo un caso, que fue el de las radios, Radio Bío Bio y otros, en que la Fiscalía demandó, en que uno de los afectados había presentado denuncia por fraude al fisco. Yo no sé, probablemente se archivó. Pero ojo que ese flanco está abierto, así que yo agregaría en el análisis esa posibilidad. Ahora, también agregaría los proyectos de ley, que yo creo que los proyectos de ley no lo hayan contemplado, salvo un proyecto de ley que sea general, porque en general se refieren al artículo 285 puntualmente. Yo no he visto proyecto de ley que diga, por ejemplo “todos los aspectos penales”, independiente del artículo – porque un buen penalista, si se elimina el artículo 285, puede buscar otro – que descarte todos los temas penales y abarque este tema... no lo he visto, y por lo tanto puede ser que haya un vacío ahí.

El real problema acá es de incentivos. Están mal alineados. Hasta antes del invento del artículo 285, que a algún penalista se le ocurrió, estaba todo en manos de la Fiscalía Económica y por tanto, si una persona se delataba, la Fiscalía aceptaba esa delación compensada si los antecedentes eran suficientes, y conforme al Decreto Ley, el Tribunal tenía que aceptar eso. Ahora con el artículo 285 se da el riesgo de que una empresa o una persona no se quiera delatar. Sin embargo, el artículo 285 está en veremos procesalmente, ya que hay que ver cómo termina el juicio. Lamentablemente, para el sistema de libre competencia el hecho.... Hay uno de los querrelados, imputados del caso Farmacias en sede penal que llegó a una salida alternativa... y eso es perjudicial porque de alguna manera legitima la vía penal, aunque todavía estamos esperando la sentencia del Tribunal Oral en cuanto a si procede o no procede aplicar el artículo 285. Pero el punto es que en un sistema sano de libre competencia el Fiscal Nacional Económico debería tener la manija para ver si absuelve o no absuelve a una persona para efectos de que no sea sancionada en sede de libre competencia.

Si se quiere agregar la penalidad, la idea de muchos – incluida la Fiscalía, por lo menos hasta el último tiempo – es que el Fiscal también tenga la manija para decidir si es que un determinado caso, lo envía o no lo envía a sede penal. Por lo tanto si yo, empresa que me quiero delatar, voy al fiscal económico, el proyecto ideal para la Fiscalía – y yo creo que también para las empresas – es que el Fiscal económico, si me va a dar el perdón, porque soy primero, también

pueda decidir darme el perdón en materia penal, por lo tanto darle el monopolio de la acción penal al fiscal económico.

Ahora, hay otro sistema, como el sistema que existe en Brasil. En Brasil existen dos organismos que son el Ministerio Público y el SDE, que es la Fiscalía, y resulta que las empresas tienen que negociar la delación compensada con la SDE y con el Ministerio Público. Y la SDE y el Ministerio Público se coordinan entre ellos. Por lo menos, hasta el año pasado, ello no había cambiado. Es una cuestión práctica, porque en teoría son dos organismos distintos, son dos negociaciones distintas. En la práctica, en definitiva, el Ministerio Público se pone en la fila, pero no siempre.

VSU: Ya que estamos en el tema del artículo 285, el tema penal: ¿Cómo funcionaría procesalmente, o en términos orgánicos-constitucionales, el que la Fiscalía tuviera la manija de la acción penal? ¿Cómo sería la reforma legislativa para que el Fiscal tuviera la manija de la acción penal?

CRC: Primero hay que recordar que en materia de delitos también existe la delación compensada, o cooperación eficaz, en algunos delitos. Yo no sé si eso de la cooperación eficaz aparezca en la Constitución, pero es claro que hay una razón de orden público que es superior a la detención y castigo de todos los involucrados. Es superior el beneficio social en el hecho de que una persona se delate para destruir un cartel. Generalmente los carteles bien hechos pueden

durar decenas de años y, si nadie se delata, no hay incentivos para delatarse, puede ser que no se descubra nunca ese cartel, o que se descubra tarde, y que por lo tanto el perjuicio económico sea irreparable. Por lo mismo, el incentivo a que ese cartel se destruya, y pese a que yo pueda exculpar a uno, el incentivo termina siendo más beneficioso y por tanto, desde el punto de vista constitucional yo creo que cuando uno habla del bien común, o del orden público económico en este caso, no es inarmónico, es armónico el hecho de establecer este tipo de premios.

Ahora, es raro, porque igual es una institución anglosajona.

VSU: Pero en términos de cómo se implementaría... Dada nuestra institucionalidad, ¿qué ideas conoces o qué ideas se te ocurren para compatibilizar? Supongamos que tenemos esa penalización, pero queremos asegurar cárcel para el que no delata e impunidad para el que delata. Entonces ¿Cómo lo hacemos?

CRC: Ojo que en Libre Competencia, por lo menos en Chile, es una manifestación del 19 N° 21 de la Constitución. Y el 19 N° 21 obvio que habla de la libertad económica, y habla de que esa libertad o ese derecho se ejerce conforme a la regulación que establezcan las leyes. Es decir, la regla general es la libertad económica pero establece ciertas reglas o ciertas posibilidades de que el legislador restrinja esa libertad, ya sea por razones de orden público u

otras, pero finalmente el DL 211 termina siendo una manifestación de ese mismo artículo, de ese mismo número, tanto por el lado de la libertad económica por el lado de la regulación o restricción de esa libertad. Se da una paradoja, que es la paradoja de para que haya libre competencia hay que restringir la libertad económica, porque tu no puedes hacer como competidor lo que se te antoja para obtener mayor participación de mercado o mercado en general por cualquier medio. Y por lo tanto hay medios lícitos y medios ilícitos. A priori, el 19 N° 21 habla de una libertad económica y esa es la regla general y por lo tanto no habla, , de que necesariamente el que restrinja esa libertad económica indebidamente es un delincuente necesariamente. No lo dice así. Y por tanto no es una derivación lógica ni necesaria el hecho de llegar a que una infracción a la libre competencia sea un delito. Sí lo es en otros países, pero de repente se nos olvida que estamos en Chile, y Chile no tiene esa bajada. Acordémonos que incluso el tema de que los delitos, los atentados a la libre competencia, sobretudo en materia de carteles, son también herencia anglosajona. Países que incluso no tienen constitución política y que determinadas leyes establecieron con penas de cárcel la colusión o el trust o cosas similares.

A lo que quiero llegar es a lo siguiente: el legislador a partir del artículo 19 N° 21 puede elegir, entre comillas, si establece como delito o no una infracción a la libre competencia. Y en este caso el legislador ya optó por esa alternativa.

Incluso antes de la constitución del 80 optó por establecer el tipo penal de infracción a la libre competencia, el que nunca se aplicó, nunca se materializó en ninguna sanción, y por lo tanto finalmente se demostró que no funcionaba eso.

Segundo, yo no creo... mi opinión es que la mejor alternativa no es que necesariamente se elimine el tipo penal. Yo creo que podría existir el tipo penal. No con el artículo 285, no con el fraude al fisco, sino un tipo penal de colusión. Creo que podríamos crear un tipo penal de colusión. Porque no sancionemos con cárcel todos los tipos de libre competencia. Pero me gusta el sistema en que la manija la tenga el Fiscal nacional económico. Porque si nosotros estamos hablando de alinear incentivos, creo que es muy distinto que una empresa corra el riesgo de pagar una multa de treinta millones de dólares a que Juan Pérez, el empresario, tenga que estar un día en la cárcel. Entonces ese tipo de cosas también forman parte de la amenaza creíble que puede tener la FNE para desincentivar y desbaratar el cartel. No es que no sea partidario, sino que soy partidario de no ocupar el artículo 285, no ocupar un subterfugio, y sí establecer esta manija del Fiscal. Si esa manija no se le otorga al fiscal, mejor no penalizar la colusión. Pero si se penaliza, que sea con esa manija. Es como un paquete, digamos, una venta atada. Y por lo tanto, no se puede pensar en algo distinto.

Al principio decíamos “fórmulas” en que se ha visto o se ha propuesto la solución a esta interrogante. Mencionamos la manija del Fiscal. Mencionamos la “solución brasileña” (llamémosla así), que es la de ir a negociar a dos ventanillas por parte de la empresa. Pero hay una tercera fórmula, entre otras posibles, que esa la manifestó el Ministerio Público y no sé si actualmente la tiene todavía como bandera de lucha. El Ministerio Público manifestó la posibilidad de que el sistema implique que el Fiscal efectivamente tenga la posibilidad de llegar a acuerdo en sede de libre competencia, pero que de todas maneras esos antecedentes pasen a un juez de garantía, por ejemplo, para que ese juez evalúe los antecedentes para ver si hay mérito o no para pasar a un juicio penal. Algo así como una especie de posibilidad... es como entregarle la manija al juez penal. Es rarísimo, pero esa es una de las posturas que me tocó presenciar en la negociación, porque la Fiscalía y el Ministerio Público han estado eternamente negociando y yo creo que no hay acuerdo. Esa es la postura que el Ministerio Público estaba pensando, es decir, la posibilidad de que los antecedentes lleguen a sede penal. Y obviamente, si llegan a sede penal, el Ministerio Público está en su propio ámbito, y por lo tanto va a hacer todo lo posible...

VSU: ¿Decía algo específicamente en torno a la delación compensada? ¿“Lleguen los antecedentes y nosotros vemos”? ¿O “lleguen los antecedentes y de ninguna manera se tocará al que delate”?

CRC: No, no, al contrario. “Que lleguen los antecedentes y que se evalúe con esos antecedentes si hay mérito para seguir adelante”. Es un escenario peor, por que es “que lleguen los antecedentes siempre”. Entonces es una especie de eufemismo para la misma situación. Pero tenía que ver más o menos con eso, de llevar a los antecedentes a sede penal para que hubiera una pre-evaluación de si podía existir algún tipo penal que se hubiere infringido. Te das cuenta que ocupando el Código Penal actual, tratando de buscar esas asimilaciones, al final se vuelve un menjunje que no tiene sentido. Ignoro si esa es la postura actual del Ministerio Público, pero esa era una de las posibilidades que estaban planteando, que al final obviamente la FNE dijo que no, porque al final no sirve de nada, es la misma situación.

Lo otro es que... no sé si tenga estricta relación, pero creo que pueda tener mucha. El artículo 39 del DL 211 letra i) impide que el Fiscal Nacional Económico pueda concurrir a juicios penales. Vuelvo un poquito atrás: el Fiscal Nacional Económico – y no lo ha hecho en la práctica – pero en virtud del artículo 39 del DL 211, tiene la representación de toda la colectividad en materia económica, y por lo tanto podría perfectamente, supongamos – estoy pensando en voz alta – si hubiera un juicio de “La Polar” en que se está afectando también a los proveedores o qué se yo, en sede civil, o en sede de corte de Apelaciones, yo estimo que por texto legal la FNE podría hacerse parte en

representación del interés colectivo, por ejemplo. Pero la letra i) dice que no puede hacerlo en materia penal. Entonces quizás de repente haya que pensar, darle una vuelta a esa letra i, si es que se quiere hacer un sistema en que la Fiscalía tenga la manija, en que el Código Penal establezca un tipo especial, quizás se podría dar una opción a que la Fiscalía pueda tener, si tiene la manija, podría perfectamente presentar directamente la Fiscalía económica la querrela. Sin perjuicio que el Ministerio Público o el CDE, lo que sea, pero de alguna manera...

Porque hay una cosa que es importante, que es la siguiente: a nosotros nos tocó trabajar harto con el Ministerio Público en el Caso Farmacias, nosotros les explicábamos de qué se trataba el caso, y el Ministerio Público decía... “Ya... ¿Y dónde está el muerto? ¿Dónde está lo robado? ¿Dónde está la figura demarcada en el suelo? Porque uno le explicaba “lo que pasa es que los precios subieron, acá y allá...” Es tan técnico de repente, tan económico, que ellos no entendían el caso. No entendían las pruebas, por ejemplo. Eso demuestra que también hay una eficiencia desde el punto de vista técnico. O sea, cuando se quiera trasladar este “muerto” a sede penal – si es que así se quiere hacer – nadie lo va a plantear mejor que la FNE.

O sea, si se quiere hacer una modificación, que sea orgánica. No un parche que se pierda todo.

Ahora, te insisto, y es el centro de este tema: tienen que estar alineados los incentivos. O sea, el empresario tiene que saber que si va a negociar con la FNE, y le va bien, el asunto se cierra y por tanto va a tener incentivos para destruir el cartel y ser el primero en llegar. Desde que salió la arista del artículo 285, el caso Tecumseh, un caso paradigmático que se delató ante Fiscalía, precisamente porque la gente involucrada vivía fuera del país. De hecho, vino finalmente una persona a declarar a Chile, con el miedo de que lo iban a detener en policía internacional y al final no llegó siquiera a sede penal, no le pasó nada. Ha habido otros casos de delación compensada en Chile, que han sido posteriores al caso Farmacias, que han sido de buses a Curacaví, el caso Asfaltos recientemente... ha habido otros que fueron rechazados al interior de la Fiscalía... ha habido otros pero no han sido tan rimbombantes como podría ser lo que pasó en Farmacias. Sí podría ocurrir en Pollos ahora, podría ocurrir eso, pese a que no hubo delación compensada, pero podría iniciarse una acción supuestamente, invocando el artículo 285 en materia de pollos. Pero claramente el sistema está tan desordenado que, por ejemplo estas modificaciones que se quieren hacer a la Guía de delación compensada no modifican realmente este lineamiento o desalineamiento de incentivos que existe en la actualidad. O sea, no por hacer esta nueva Guía, que tiene cosas interesantes como el leniency plus, no por eso es más atractiva para una que una empresa se delate. De hecho no lo es.

VSU: ¿En qué sentido la nueva Guía no lo es?

CRC: Es que es igual que la antigua. En ese sentido.

VSU: Pero tiene un mayor nivel de detalle...

CRC: No sé si es mejor o peor, pero es que da lo mismo. Si, al final, el nivel de incentivos es el mismo. Hay una empresa que un año atrás nos consultó sobre la delación compensada, y le dijimos que sí, que lo hiciera, pero esta empresa tiene sede en otro país.

VSU: ¿Cuando hacen la evaluación, ustedes se fijan en si el artículo 285 es un peligro para el cliente, pero como las probabilidades de ser imputado a quien vive fuera del país tienden a cero, lo recomiendan?

CRC: Así es. Finalmente fue rechazada su postulación. Finalmente no había colusión, era sólo una actitud de preocupación del cliente. He hablado con colegas y me han dicho que todas las personas que se les han acercado respecto de una posible delación les dicen que no.

VSU: O sea, hasta que no se resuelva el tema del artículo 285, la práctica privada está por recomendar no delatarse.

CRC: Sí, y a mí me sorprende hartito. Pero el lema de los abogados privados en general, es “es mejor pedir perdón que permiso”. Y por lo tanto tratan de alargar las situaciones, sean las que sean, lo más que se pueda, por lo tanto en general no recomiendan a los clientes delatarse. Ahora, eso no obsta a que en otras conductas, distintas a la colusión, muchas personas vayan a la Fiscalía y pidan un acuerdo extrajudicial. La Fiscalía este año creo que ha firmado como cinco, y por lo tanto es una alternativa buena para, si estoy por ejemplo en una situación de abuso de posición dominante, salvarla y evitar la multa.

Entonces, al final de cuentas termina siendo ridículo el sistema, porque hay más incentivo para delatar conductas que son graves igual – pero no tan graves como la colusión – pero no para delatar la colusión. Y yo puedo tener una súper buena negociación con la Fiscalía hoy día pero mañana puede llegar el diputado no sé cuánto, o Conadecus, y va al mismo Tribunal o va al Ministerio Público y no pasa nada, tengo que apechugar igual. Entonces la nueva Guía, si bien es interesante desde el punto de vista del procedimiento, en cosas novedosas, es tan poco efectiva como la antigua Guía y como el hecho – y voy a ser más “duro” – es tan efectivo como que no hubiera Guía. Porque al final de

cuentas el DL establece la delación compensada, pero el problema sigue existiendo.

Acordémonos que el caso FASA fue una delación compensada en la época en que no existía la delación compensada, no existía la ley, y al final igual se consiguió, porque nadie había “inventado” el artículo 285 hasta ese momento. Y de hecho, muchos critican a los abogados y abogadas que estuvieron presentes en la negociación de FASA, porque no previeron dos aristas: La primera arista es la penal y la segunda arista es la de la Superintendencia de Valores. Pero resulta que no es que se hayan previsto esas aristas, sino que eran aristas – sobre todo la penal – que no estaban en la cabeza de nadie razonablemente equilibrado.

Ojo con el tema de la Superintendencia de Valores. FASA tuvo problemas en cuanto a que no informó que estaba negociando con la Fiscalía. Y me da la impresión de que actualmente las empresas actúan distinto a partir de ese caso en esa sede. Lo informan como hecho esencial reservado. Entonces efectivamente ahora muchas empresas están tomando esa precaución – las que son regidas por la SVS – para efectos de evitar una sanción o una imputación de algún ilícito. El problema con FASA es que tuvo problema con la SVS y también al interior del directorio de FASA no se sabía que estaba negociando. Pero sí me ha tocado ver otra compañía que comunicó como

hecho esencial reservado una negociación. Entonces claro, al final las aristas son múltiples, pero el tema de la SVS si tienes esta comunicación de hecho esencial reservado ya tienes un check y ya está superado, puede ser un tema paralelo pero no es que alguien pueda irse a la SVS desconociendo el acuerdo con la Fiscalía. Entonces ese aspecto está listo. El tema penal es el que está pendiente, y es el que yo creo que debiera entregarse a la FNE.

VSU: Nuestro sistema da la posibilidad de recompensar al segundo, tercer y cuarto delator, etcétera. La nueva Guía ahonda en eso. Ahora bien, varios modelos – entre ellos SPAGNOLO y CHEN y REY – son partidarios de dar inmunidad automática al primer delator, y el resto que negocien después, quedando fuera del programa. ¿Te parece que esto es óptimo, o te convence más el modelo de dar recompensas decrecientes?

CRC: Me parece más óptimo el de recompensas decrecientes. Pero en el sistema chileno está mal redactada la ley. Está mal redactado como sistema el tema de la rebaja de la multa. Porque el Decreto Ley tiene dos grandes defectos. Dice que se otorgará un descuento o un porcentaje respecto de lo que la FNE pediría por el infractor más grave. Y segundo dice que el requisito para acceder a ese descuento es aportar más que el primero, que es el que finalmente se le eximió del pago de la multa. La nueva Guía profundiza una cosa que uno podría hasta discutir su legalidad. Dice que para acceder a los

beneficios tienes que aportar más que el anterior. Es decir, el tercero que llega debería aportar más que el segundo. Pero la ley dice que tiene que aportar más que el primero. Entonces es muy curioso el tema porque finalmente dice algo una norma legal, y otra cosa dice la Guía. Entonces la Guía de delación compensada dice “el segundo más que el primero, el tercero más que el segundo, el cuarto más que el tercero...” Entonces podríamos decir que es ilegal. Además, se produce el tema de que la Fiscalía está actuando en la práctica diciendo que deben traerse más antecedentes que los anteriores, y que tu propia confesión, siendo el tercero o el cuarto no es un antecedente adicional. Y yo no estoy de acuerdo con eso. Yo creo que una confesión sí es un antecedente adicional, superior al hecho que el anterior a ti tenga antecedentes que te inculpen. Aunque todo el mundo tenga antecedentes que te inculpen, que tu confieses es un antecedente indubitable. En cambio si otros tienen antecedentes sobre ti, tú los podrías objetar. Incluso si tú confiesas, como que te inhibes a defenderte en juicio, porque confesaste. “Antecedentes adicionales respecto del primero”, dice la ley, y la Guía dice otra cosa.

Y después dice “la rebaja de la multa que solicite el Fiscal en su requerimiento no podrá ser superior al 50% de la mayor multa solicitada para los demás ejecutores de la conducta que no pueden acogerse a los beneficios de este artículo”. Es decir, no puede ser superior al 50% de la multa que voy a pedir a los demás ejecutores que no son beneficiarios. La multa se pide en el

requerimiento, y por lo tanto, cuando estás negociando la delación compensada no se ha presentado el requerimiento. Y por lo tanto, si eres el segundo yo te puedo decir “te voy a dar el 50%”. La pregunta es el 50% de qué. No vas a saber cuánto es el 50%. Y resulta que si la Fiscalía – que no son tan altas las multas, dice la mayoría, y yo estoy de acuerdo con eso – fija en 30.000 UTA la sanción, y le da el beneficio de 15.000 UTA al segundo que llegó, yo no sé qué tan bueno es el sistema o el incentivo para poder ir a delatarse. Porque al final de cuentas, 15 millones de dólares para una transnacional puede ser poco, pero para una microempresa sería destruirla. Entonces para qué voy a confesar si al final no gano nada. Porque si me condenan a un millón de dólares o a quince millones de dólares es exactamente lo mismo: no tengo esa plata, y si me condenan a eso desaparezco. Hay un nivel para los más chicos en que da lo mismo la multa porque ya es imposible. Y por lo tanto el sistema está mal regulado en ese sentido. En otros sistemas se fijan porcentajes – y ojo que eso está en la ley, así que no se puede cambiar a menos que se cambie la ley – y esto conversa con la forma de fijación de multas. Porque si tu estableces un sistema de fijación de multas que por ejemplo diga: beneficio económico multiplicado por los años en que se desarrolló la conducta, aplicándole un factor relacionado con la participación de mercado, más un sobrecargo, algunos países le ponen, multiplicado por tres, o por lo que sea, una especie de sanción adicional... si existiera alguna fórmula de calcular las multas a priori, yo podría calcular mi 50%. Porque como yo soy empresa chica, mi multa ascendería a

una cantidad menor que la de una empresa grande. Cuando uno lo aterriza a cifras – sobre todo para los empresarios – termina siendo algo bien concreto, y uno dice “sumando y restando me conviene delatarme”.

Ahora ojo, que igual la fórmula de cálculo – es una buena pregunta, no tengo la respuesta- sería la forma de la Fiscalía para solicitar multas. Y no necesariamente del Tribunal para aplicar las multas.

VSU: Si pudiéramos modificar el artículo 26 del DL 211 ¿ Te inclinarías por un sistema parecido? ¿O con topes?

CRC: Yo subiría las multas, en el sentido de que no pondría topes, pero siempre hay que tener presente el artículo 19 N° 26 de la Constitución. O sea, no puede afectar en la esencia los derechos de las empresas. No puede hacer que una empresa desaparezca, por ejemplo. Segundo, establecería un mecanismo para que la Fiscalía pudiera pedir las multas. Ahora, hay que ver también, porque ¿qué pasa si un particular o una asociación de consumidores demanda a una empresa? Tendría que aplicar la misma maquineta a todo el mundo. Hay que ver cómo funciona, porque muchas veces la FNE sí sabe cuáles son las participaciones de mercado o los beneficios económicos, pero un particular demandante y afectado no sabe nada de la empresa porque no tiene acceso a esa información. Entonces podría ser quizás un cálculo para la Fiscalía, habría que pensarlo bien. O la otra alternativa es traspasar esa fórmula

al Tribunal, cuando el Tribunal dicte sentencia. Pero el problema es que si lo traspasas al Tribunal, sigues con el problema de la incertidumbre que te produce el porcentaje que te concede la Fiscalía en delación compensada.

Entonces, lo que debiera ser mejor es que la Fiscalía estuviera sujeta a ese tipo de regla, y quizá los particulares no, porque no tienen acceso a la información.

VSU: Pero en el caso del artículo 26 son reglas del Tribunal.

CRC: Claro, son las sanciones que aplica el Tribunal. Pero como estamos hablando de Delación compensada, y la idea es dar certeza, lo mejor es que haya una fórmula de cálculo y que sea la fórmula de cálculo de la Fiscalía, que quizá debiera estar en el 22 o en el 39 y no en el 26 que se aplica al Tribunal. A lo que voy es que la Fiscalía, si pudiera tener una maquinita o un sistema que permitiera saber cuánto la Fiscalía va a pedir, podría ofrecer un porcentaje que sea traducible en una cifra mental que le diga al empresario “te conviene ir a negociar a Fiscalía”. El problema es que si establezco esa “maquinita”, la Fiscalía es la única que tiene acceso a esa información. Por lo tanto no se la podría imponer a una asociación de consumidores ni tampoco a una persona que no tenga acceso a esa información.

Otra alternativa sería, o podría ser paralela, es que el Tribunal tuviera su fórmula de cálculo también. Que puede ser la misma, pero en base a los antecedentes que se aporten en el proceso, y por lo tanto esos antecedentes pueden ser diferentes a los que la Fiscalía podría tener en su poder.

La alternativa es no ponerle una fórmula de cálculo al Tribunal, y seguir hablando de las causales agravantes o atenuantes de responsabilidad. Quizá esa última alternativa sería más adecuada a la libertad que el Tribunal tiene que tener al momento de fallar, y también en cuanto al derecho a defensa que deben tener los involucrados. Yo creo que dentro de las alternativas esa puede ser la mejor.

Y sin tope. Si aplicamos la constitución política no es necesario un tope. Cualquier tope podría ser una buena oportunidad para ciertas empresas y una mala para otras. Las empresas hacen mucho lo siguiente: cuando están acusadas de un caso – y ese caso dura en promedio siete años, sobre todo en Europa o en EEUU– lo que hacen esas empresas es prorratear o provisionar esa multa por siete años. Y el beneficio por siete años es superior a la multa que tienen que pagar, por lo que te apliquen un porcentaje de las ventas puede ser insignificante porque lo estaba contemplando todos estos años, ya da lo mismo. El Tribunal debiera poder aplicar una multa al caso. Porque lo otro que ocurre hay empresas internacionales cuya sede en Santiago no tiene ni un

peso, son oficinas. Si es la misma empresa, no vamos a estar aplicando una multa limitada al escritorio y la secretaria que queden aquí. Ese tipo de cosas yo creo que son interesantes para que el Tribunal tenga la manga necesaria para poder resolver el asunto. Al final me gusta más el sistema que la FNE tenga un esquema, porque ese esquema le da certeza al postulante de delación compensada, y que el Tribunal tenga quizás criterios como los que actualmente tiene el 26, quizás se podrían agregar otros. Y sin tope, salvo el artículo 19 N° 26.

VSU: Diagnosticamos la falta de un programa individual bien diferenciado, con protección y recompensas ¿Cómo lo hace el delator individual en la actualidad? Yo soy partidario de crear un programa individual aparte...

CRC: Si viene una persona natural hoy a preguntarme si delatarse o no— supongamos que no existe la arista penal – lo único que podría decir respecto de que sí se delate el como persona es que finalmente esa persona sea la encargada de tomar las decisiones en la empresa, es decir que sea el dueño, que sea una EIRL, que sea un empresario individual (y por lo tanto él se coludió como Juan Pérez, él es la empresa), en esa hipótesis yo diría “delátate tú”. Pero si el forma parte de un engranaje superior, creo que la mejor forma es recomendarle que se delate a ese engranaje superior, y por lo tanto sirva de

paraguas para todos los que están abajo, incluyendo la persona que está interesada en la delación. Creo que esa es la mejor forma en el sistema actual.

Porque la otra forma – es totalmente cierto lo del ostracismo y los castigos – es que yo me delate como persona, pero eso produce un desincentivo desalineado con la empresa. Porque si yo, empresa X, veo que un empleado mío se delata, yo lo que haría sería entregar a los leones a ese empleado, y hacerme como empresa, como dueño o presidente de la sociedad, hacerme el desentendido y decir “yo no tenía idea de lo que estaba haciendo esa persona” y no termina siendo un incentivo real. Porque al final de cuentas cuando es una persona natural, y esa persona natural se coludió, efectivamente la colusión individual abarca a quien se coludió. Pero si un ejecutivo se delata, se delata a sí mismo pero no necesariamente a la empresa. Entonces no se produce el efecto de que la empresa se reconozca culpable, de que la empresa tenga beneficios, ninguno de esos efectos. Entonces yo creo que el mejor sistema no va por el lado, por lo menos en Chile, de que haya un sistema individual, que está más relacionado con las penas de cárcel. Si tuviéramos penas de cárcel podría pensarse en un sistema individual. Pero si no hay cárcel, creo que un individuo podría delatarse y se podría dar la opción – creo que sería lo mejor – a la empresa de adherirse a dicha delación. Si llega el funcionario de la empresa XXX, si fuera Fiscalía llamaría a la empresa XXX y diría “un funcionario X se delató y quiero saber si usted también se va a delatar” y darle la oportunidad de

acceder al beneficio a la empresa. Porque el problema acá es que si se delata el funcionario Juan Pérez ¿qué pasa con los demás funcionarios? Porque Juan Pérez se va a delatar y María González, que estaba al lado, no va a tener exención, porque va a ser la segunda. También es un sistema que puede ser un poco injusto para las personas naturales. La alineación de incentivos es un concepto muy interesante, los problemas de agencia. El tema central acá es a quién se beneficia. Y no nos olvidemos nunca que en el derecho chileno tiene que ver con el beneficio que implica salirse de la regla general para otorgar el beneficio, aunque sea redundante. Si Juan Pérez se delata y la cabeza de la empresa XXX no se delata, al final no hay tanto beneficio porque seguimos con la misma incertidumbre. Quizás hay más antecedentes en contra de la empresa XXX, pero la empresa XXX no se delató.

VSU: O sea, sería un informante...

CRC: Claro, y un informante que estaría matando la relación compensada. La delación compensada es para llegar a algo "rico", algo "sabroso", y resulta que llegó algo intermedio y por lo tanto me dejó fuera, automáticamente, por ley, me dejó fuera lo realmente rico.

VSU: Asumamos por un momento que existe cárcel en un sistema, existe un tipo específico de colusión y que el Fiscal Económico tiene la manija. Dado ese

cambio de escenario, ¿tiene ahí sentido un programa individual de delación compensada?

CRC: Ahí tendría sentido, pero en USA hay dos guidelines sobre empresas y sobre individuos, que me da la impresión de que se manejan muy en paralelo. Y por lo tanto, existiría, pero no obstaría al derecho de la empresa a delatarse en primer lugar.

VSU: La premisa es que se produce un efecto "Race to the courthouse" del empleado con la empresa.

CRC: Claro, son dos carriles distintos. Sí, estaría bien.

VSU: En ese marco, si tuviéramos eso en Chile ¿tendría sentido el otorgamiento de una recompensa?

CRC: No. Yo creo que la mejor recompensa es precisamente que te expulsen de cárcel. La recompensa es mucho mejor para un sistema en que un individuo no está involucrado. Si hubiera alguien que quizá haya tomado conocimiento de esa colusión pero que no haya participado, incluso si está dentro de la empresa, yo creo que la recompensa sería un buen premio.

VSU: Como un whistleblower.

CRC: Claro, un soplón. Creo que yo le premiaría con dinero, entre comillas... es como esta gente que busca herencias yacentes, que es gente que finalmente que no lo hace de mala fe. Pero no sé si hay recursos públicos para entregarle plata. Creo que el beneficio precisamente ya va por el lado de la exención o la reducción.

VSU: En el caso chileno actual, si restringimos esto a empresas, ¿mantienes esa postura?

CRC: Sí, obviamente. Ahora, tampoco la recompensa va a ser suficiente incentivo. Ojo con eso porque los economistas hacen mucho esa ecuación o comparación entre la pena y el beneficio de la delación, y por tanto si la pena es 100 y a ti te dan un beneficio de 20 por delatarte, y resulta que tu beneficio por la conducta es 200, mejor sigo con la conducta y voy provisionando para pagar la multa cuando me pillen. En cambio si mi posible castigo es que me metan preso, o es que me cobren más que lo que yo gané y un porcentaje de acuerdo a mi patrimonio, mi participación de mercado o qué se yo, yo ahí la pienso diez veces porque se me invierte la ecuación. Es análisis económico del derecho, el beneficio es menor que el daño si me pillan. Hay que multiplicarlo por la probabilidad de que me pillen, pero finalmente ahí uno lo piensa dos veces. Y

por lo tanto, insisto lo que decía al principio: puede ser que el ejecutivo de la empresa X, el sólo hecho de pasar un día en la cárcel sea más caro que perder 100 millones de dólares, y por tanto esté dispuesto a delatarse para evitar esa pasada, y que implica muchas veces también que los papeles de esa persona queden manchados por algún tiempo. Ese tipo de cosas para muchos empresarios no es tolerable.

VSU: En términos de la protección al delator. Actualmente preocupa la falta de protección si alguien quiere delatar. ¿Qué opinas de eso?

CRC: Actualmente el sistema de libre competencia tiene ese defecto, no sólo en cuanto a la delación sino en cuanto a la denuncia de una conducta anticompetitiva. Una persona puede no estar involucrada en la conducta pero muchas veces se abstiene de denunciar porque tiene dudas de si la Fiscalía o el Tribunal van a poder proteger su identidad. La FNE muchas veces en la práctica a ha mantenido en reserva su identidad, pero no existe en el TDLC una instancia en que un testigo privilegiado, denunciante o posible delator, pueda concurrir al Tribunal como testigo encubierto. No existe esa instancia. No existe el biombo, la peluca y el bigote, nada de eso. Creo que de repente el mejor acceso a la justicia tanto por el lado de la Fiscalía como por el demandado o requerido y por parte del Tribunal, debiera permitir instancias procesales como esas, que tienen que ver con que se pueda interrogar a un testigo sin conocer

su identidad, su nombre ni su aspecto físico para no identificarlo. Y también evaluar – pero ya es complejo eso – lo que existe en materia penal, que es cambio de identidad. Esa es una cuestión poco práctica, porque una persona no va a estar dispuesta a denunciar a un cartel por irse del país o por cambiarse de nombre.

Igual hay que verlo, porque según lo que la ley dice actualmente el Fiscal igual debe mencionarlo en su requerimiento. Hay que señalar que Juan Pérez o que la empresa X fue beneficiaria de delación compensada. Entonces igual es complicado. Ahora, si tengo un cartel de tres empresas y una de ellas ya no va a las reuniones, y la Fiscalía que hay una que se delató, es claro que esa se delató, así que no hay gran sorpresa. En área de empresas no es un tema, porque igual se va a saber. En área de personas yo creo que es un tema, y que debiera ser regulado especialmente, tanto por el lado de que no se señale el nombre de la persona como por el lado de que esa persona pueda declarar, pudiendo no individualizarla. Chile es un mercado tan chico que igual se va a saber pero por lo menos darle cierta confianza a esas personas en cuanto a que se van a mantener en secreto sus datos.

Paralelamente está la ley de transparencia, que hay que tenerla presente. Porque muchas veces se quieren hacer cambios legislativos, por un lado o por otro, y termina siendo todo tan parche, falta como la mirada transversal. La ley

de transparencia es un caso claro de que si se va a establecer confidencialidad y cosas por el estilo, no pueda alguien llegar y pedir antecedentes. La FNE se opone en general a que se pidan antecedentes de sus investigaciones, pero en algunos casos el Consejo de Transparencia ha dicho a la Fiscalía que muestre algunos antecedentes. Por lo tanto, hay un riesgo latente de que esas cosas vuelvan a pedirse y haya cosas que se revelen.

ANEXO II: ENTREVISTA GONZALO ESCOBAR ELEXPURU.

GONZALO ESCOBAR ELEXPURU

Ex Economista de la División de Investigaciones de la
Fiscalía Nacional Económica.

Entrevistador: Vicente Saiz Unda.

Santiago, 16 de Diciembre de 2014

VSU: Tenemos diagnosticados tres problemas que tienen que ver con el porqué el sistema de delación compensada no funciona como debiera. Y esos son, primero, que falta severidad en las sanciones (multas bajas y falta de penas de cárcel), lo segundo es que faltaría un programa individual diferenciado de delación compensada, con incentivos claros; y en tercer lugar, que falta certeza en cuanto al alcance de la inmunidad, por la falta de armonía que produce el artículo 285 del código penal. La primera pregunta es ¿compartes esto?

GEE: Como economista estoy completamente de acuerdo, porque lo entiendo mucho más, en las dos primera. La tercera, el derecho penal, no es el fuerte de uno. Pero sí estoy de acuerdo en que la delación compensada funcionaría mucho mejor en el caso de que las multas a los involucrados fuesen mucho

mayores que las actuales. Y segundo, claramente que se necesita un programa de protección para que en el caso de que un trabajador o un funcionario de una firma sea quien utilice el mecanismo, porque claramente está poniendo en riesgo su fuente laboral. Por lo tanto te quita incentivos al momento de ejercer el mecanismo.

A modo de ejemplo, si uno observa, hay dos o tres casos donde se ha utilizado el mecanismo. Es el caso de farmacias, compresores y asfaltos. ¿Por qué se delató Farmacias Ahumada? No por utilizar el mecanismo sino que tenía otro incentivo: la empresa estaba a la venta. Y por lo tanto tu para venderla la tienes que tener saneada. Si ves un poco la historia, justo después de que se aprobó el convenio extrajudicial, justo Codner vende la farmacia. No es que el tipo se haya querido salir del cartel. Sino que el tipo la quería vender, y para venderla la tenía que tener limpia. No así en los otros casos. Entonces claramente, si las multas fueran superiores, y hubiera pena de cárcel, es muy probable que el mecanismo si funcione.

VSU: Respecto de las penas de cárcel, hay objeción en Chile pues existían pero nunca se habían aplicado.

CEE: Y además tienes el tema de que el tribunal es administrativo.

VSU: Aún así, ¿tú estarías a favor de la pena de cárcel?

CEE: Claramente, y es por el daño causado. O sea, tienes que compensar. Ahora, claramente, las multas no van necesariamente a las empresas sino que pueden recaer en el ejecutivo, sin que un tercer pueda cubrirte la multa. Pero sí soy partidario de que un delito económico sea tratado a través de un tribunal. Y claramente la pena de cárcel tiene más... genera desincentivos a la hora de cometer un tipo de ilícitos.

VSU: Hay gente que dice que la pena de cárcel es invaluable y hay gente que le asigna un valor. Respecto del efecto disuasivo...

CEE: Claramente tú tienes que asumir un costo de oportunidad. A la hora de tomar la decisión. Parte de la base de que el primer costo son tus ingresos. O sea, entraste en la cárcel y una cierta cantidad de tus ingresos, de una cierta cantidad, se fueron a cero. Por lo tanto ya tienes que asumir un costo.

VSU: O sea, la cárcel incluye un efecto de la multa, siendo que la multa no incluye un efecto de la cárcel.

CEE: Exacto.

VSU: En cuanto al artículo 285 del Código Penal, el problema es que tenemos un programa en sede administrativa de delación compensada, pero hay un artículo que podría englobar a la colusión. Entonces no están coordinados, y el ministerio público ha formalizado gente. En ese sentido lo vemos como un problema, porque debiera garantizarse la inmunidad.

CEE: Claramente tienes un problema, porque tienes dos tribunales sobrepuestos. Tienes un tribunal que sanciona la conducta y otro que va a sancionar a quien ejecuta la conducta. Yo creo que ahí se deberían aunar criterios y decir ¿sabe qué? Si usted, ejecutivo, yo encuentro que es culpable de esto, automáticamente pase al otro sistema. O que un tribunal gatille la acción del otro.

VSU: Volviendo al programa individual: en este momento un individuo puede delatar, pero no hay un programa bien diferenciado. Ya hemos hablado de la protección. Quería preguntarte por las recompensas, la posibilidad de darle una parte de la multa al ejecutivo que delata a la compañía.

CEE: No, no estoy de acuerdo. Cómo te voy a premiar. Basta ya con que tengas una menor multa, pero no puedo estar pagando. Si ya el sistema en sí no funciona por el hecho de que culturalmente, o mejor dicho, nuestra cultura no acepta el soplónaje, porque de cierta forma es soplónaje, imagínate que

vayas a delatar a alguien y te paguen más encima. No, no creo que sea una mejora al momento de modificar el esquema. Si ya es mal visto acusar a alguien, imagínate que te paguen por acusar o por entregarte. O sea, basta con que recibas una menor sanción al momento de que vayas, golpees la puerta y digas “sabe, esto es lo que está pasando, esto es lo que estamos haciendo”.

VSU: ¿Incluso imaginando en el caso que tuviéramos cárcel para los individuos?

GEE: Sí, si tu dices que quien logre destrabar o denunciar el cartel... lo puedes eximir posiblemente de la pena de cárcel. Pero que le pagues por denunciarlo... Tienes que buscar otro tipo de mecanismos, tal cual como sucedió en el caso de las farmacias, que fue de uno o dos millones de dólares, versus el máximo que se le aplicó a las otras, eso ya es un premio.

VSU: ¿Algún problema extra a los anteriores? ¿El tema cultural, por ejemplo?

GEE: La pregunta es ¿Por qué funciona en Estados Unidos? ¿Por qué funciona en Europa? No está el tema de que el soplaje es malo. Aquí es mal visto, y es un tema cultural.

VSU: ¿El tema cultural pesaría más que la mecánica dura del incentivo?

GEE: Exacto. Aquí o es bien visto que andes acusando o andes delatando al resto.

VSU: Respecto de las multas. ¿Cómo subirías tú las multas? ¿Cómo las calcularías?

GEE: Complicaría un poco más el sistema, pero las multas no tendrían techo. Y deberían ser proporcionales al daño causado. Ahora, tengo mis serias dudas del techo. Subiría de todas formas el límite de las multas, pero creo que hay que limitarlas porque claramente a un negocio chico de la esquina que se coludió, no le puedes aplicar una multa al máximo, porque lo quiebras, pero sí una multa proporcional al daño causado por cada uno de los actores involucrado.

VSU: Ese daño, los autores lo descomponen en la extracción de los consumidores e incorporarían un factor de acuerdo a las ineficiencias alocativas.

GEE: O sea, tú estarías generando dos efectos. Uno es la extracción de parte del excedente del consumidor, al cobrar un precio por sobre el de competencia. Y segundo, estás generando una pérdida de eficiencia por dos vías que son de

asignación de recursos. Es decir, el productor busca el incentivo de subir el precio y al subir el precio lo que hace es ofrecer una menor cantidad, por lo tanto produces una menor cantidad que la socialmente óptima y por lo tanto dejas de asignar recursos de forma eficiente. Y segundo, por el lado de los consumidores, al fijarle un precio por sobre el de competencia, lo que estás haciendo es cobrar un mayor precio y por lo tanto lo estas privando de consumir otro tipo de bienes, por lo tanto estás generando una pérdida social. Y esos son los efectos que se van generando.

VSU: Respecto a la idea de multiplicar el daño por 1,5, por 3, 5 u otro factor: ¿Qué piensas de eso? ¿Lo aceptarías como fórmula?

GEE: Yo primero que nada calcularía del daño generado. Y eso tendría que ajustarlo al nivel de ventas de la empresa, o al nivel de ingresos, porque la multa no te puede llevar a la quiebra. Eso es lo que hay que tener en consideración.

VSU: Si tenemos cárcel, ¿La cárcel también tiene que entrar en el cálculo?

GEE: No, la cárcel aparte. Porque si lo consideras dentro de la pena, no están los incentivos. El incentivo aquí es “sabe qué señor, si yo a usted lo pillo formando parte, creando o coordinando un cartel”, que sepa el tipo que tiene la

posibilidad de que lo descubran y pueda ir a la cárcel. Es completamente distinto. Una cosa es lo que le cobras a la firma por formar parte del acuerdo, y otra es la multa que le apliques a quien ejecuta esa conducta, o quien coordina esa conducta.

VSU: Respecto del agente persona, el que ejecuta o coordina. ¿La cárcel sería excluyente con la multa o se aplican las dos?

GEE: No. Las dos.

VSU: Entonces el cálculo que estábamos hablando se aplica solamente a la firma.

GEE: Solamente a la firma. Y después verás en el procedimiento si le aplicas multa monetaria y cárcel o solamente cárcel a los que coordinan el acuerdo. Otra alternativa es hacer obligatorio un programa de compliance. El programa debe ir a las empresas, al representante legal.

